

**RENATO DE SOUSA RESENDE**

**NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE SERVIDOR PÚBLICO**

**São Paulo**

**2010**

**RENATO DE SOUSA RESENDE**

## **NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE SERVIDOR PÚBLICO**

Trabalho apresentado ao curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais, Subárea Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Paulo Sérgio João.

**São Paulo**  
**2010**

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

Dedico esta dissertação a várias pessoas e órgãos. Primeiramente, aos meus pais, que me deram a estrutura para poder iniciar qualquer caminhada na vida, além do alimento espiritual e do carinho. Dedico ao meu irmão, pela sua preocupação e interesse.

Agradeço ao Tribunal Regional da Terceira Região que me concedeu, oportunamente, férias e licença para escrever o trabalho. À colega de magistratura em Minas, Cristiane Castro de Toledo, em quem me inspirei, em determinado momento, para iniciar um mestrado. A todos os professores da PUC/SP com quem tive oportunidade de enriquecer meu caminho, em especial a meu orientador, Paulo Sérgio João, mas também a Pedro Paulo Teixeira Manus, Renato Rua de Almeida, Carla Teresa Martins Romar, Luiz Alberto David Araújo, Maria Helena Diniz e Flávia Cristina Piovesan, e também aos alunos, com quem aprendi muito. Agradeço à biblioteca da faculdade de Direito da UFMG, na pessoa da bibliotecária Maria Elisa Barcelos. Agradecimentos a Duvanier Paiva Ferreira e Maria Gabriela Moya El Bayeh, ambos da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento do governo federal, a Denise Motta Dau e Patrícia Pelatieri, ambas da CUT, a Márcia Cunha Teixeira Sato. Agradeço, sobretudo, a Deus pela oportunidade de viver, conhecer e aprender.

## RESUMO

O escopo deste trabalho é discorrer sobre a prática da negociação coletiva no serviço público.

Encontra-se arraigado, na doutrina e jurisprudência predominantes, o entendimento de que aquele que trabalha para a Administração Pública não tem a faculdade de exercer o direito coletivo à negociação coletiva, muito embora lhe sejam garantidos os direitos à sindicalização e à greve. As argumentações prevaletentes são a de que o princípio da supremacia do interesse público, a observância estrita ao princípio da legalidade e a ausência de menção expressa no texto constitucional afastam o exercício deste direito que possui, sem dúvida, roupagem democrática e compõe o quadro do exercício livre e amplo da liberdade sindical do trabalhador público.

Sob este intuito, são rebatidos, um a um, tais argumentos, demonstrando que: (a) a titularidade dos interesses públicos não é, hoje, exclusividade estatal; (b) não mais se justifica recorrer a um mero legalismo, porém é necessária a observância de um princípio da juridicidade, em que ganham corpo a força normativa dos princípios constitucionais e a eficácia horizontal e dimensão objetiva dos direitos fundamentais; (c) o reconhecimento da negociação coletiva do servidor público como direito fundamental e princípio constitucional implícito, cujo dever de implementação compete, também, à Administração.

Por último, vale-se das experiências do Direito estrangeiro, das iniciativas nacionais e do tratamento tradicional do tema no Direito do Trabalho para uma tentativa de transposição da negociação coletiva para o Direito Administrativo ou para sua colocação como categoria pertencente à Teoria Geral do Direito.

## ABSTRACT

The goal of this work is to discuss on the practice of the collective negotiation in the public service.

It's ingrained, in the doctrine and predominant jurisprudence, the understanding that whoever works for the Public Administration doesn't have the ability to exercise the collective right to the collective negotiation, even though they are guaranteed the rights to the labor organization and the strike. The prevalent arguments are that the principle of the supremacy of the public interest, the strict observance at the principle of the legality and the absence of expressed mention in the constitutional text moves away the exercise of this right that possesses, without a doubt, democratic garments and it composes the picture of the public worker's syndical extensive and freedom exercise.

Under this intention, they are rebutted, one by one, such arguments, demonstrating: (a) the titularity of the public interests is not, nowadays, state exclusiveness; (b) it doesn't justifies to appeal to a mere legalism, even so it's necessary an observance of a principle of the juridicity, where the normative force of the constitutional principles and the horizontal effectiveness and dimension objectifies of the fundamental rights get stronger; (c) the recognition of the collective negotiation of the public server as fundamental right and implicit constitutional principle, whose implantation duty competes, also, to the Administration.

Last, it's been worth the experiences of the Compared Law, of the national initiatives and of the traditional treatment of the theme in the Labour Law for an attempt of conversion of the collective negotiation for the Administrative Law or for its placement as a category belonging to the General Theory of Law.

## ÍNDICE

### PARTE I: SOCIEDADE, ESTADO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

- 1 A dicotomia público-privado e os riscos da flexibilização na relação Estado-agente público, 20
- 2 Sociedade, Poder Político e Estado, 36
  - 2.1 Sociedade e Estado: breve estudo das teorias de suas formação, 37
  - 2.2 Os elementos componentes das sociedades, 49
- 3 O poder político e sua fundamentação, 56
- 4 Teorias informadoras do Estado e da Administração, 71
- 5 A personificação jurídica do Estado como modo de aquisição de direitos pelo agente público, 84
- 6 A evolução privatística da Administração Pública, 88

### PARTE II: A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO DIREITO DE RESISTÊNCIA DO TRABALHADOR

- 7 O primado do postulado individual como modo de aquisição de direitos fundamentais na era moderna e o “direito a ter direitos” de Hannah Arendt, 97
- 8 A fundamentação da negociação coletiva do servidor público com base no direito de resistência do trabalhador, 110
- 9 O Pluralismo Jurídico e a negociação coletiva como desenvolvida no Direito Coletivo do Trabalho, 119
  - 9.1 Autonomia Coletiva dos particulares como fonte no Direito do Trabalho, 119
  - 9.2 Monismo jurídico “*versus*” pluralismo jurídico, 120
  - 9.3 Pluralismo na Constituição Federal, 123
  - 9.4 A autonomia privada coletiva no Direito do Trabalho, 125
  - 9.5 Autonomia coletiva dos particulares como fonte do Direito do Trabalho, 127
  - 9.6 Desafios da autonomia privada coletiva no Direito do Trabalho, 131
- 10 Negociação Coletiva na concepção tradicional do Direito do Trabalho, 135
  - 10.1 Conceito e finalidade, 135
  - 10.2 Princípios da negociação coletiva do trabalho, 156
    - 10.2.1 Princípio da Boa-Fé, 157
    - 10.2.2 Princípio da informação, 159

- 10.2.3 Princípio da Razoabilidade ou da Adequação, 160
- 10.2.4 Princípio da Compulsoriedade Negocial ou do Dever de Negociar, 161
- 10.2.5 Outros princípios, 161
- 10.3 Funções da Negociação Coletiva, 166
- 10.4 Condições para a negociação coletiva, 168
- 10.5 Negociação coletiva na legislação do Direito Internacional, notadamente pela Organização Internacional do Trabalho e no Direito pátrio, 172

### PARTE III: A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DO SERVIDOR PÚBLICO

- 11 Negociação coletiva no serviço público, 183
  - 11.1 O mito da supremacia do interesse público, 192
  - 11.2 As expressões “agente público” e “servidor público” , 208
  - 11.3 As expressões “função pública” e “funcionário público”. A crise do modelo tradicional de relação estatutária, 216
  - 11.4 Teorias acerca da natureza jurídica do vínculo agente público-Estado, 220
  - 11.5 Crítica à predominância do regime unilateralista estatutário na Constituição Federal de 1988: a aproximação entre os regimes público e privado de trabalho, 231
  - 11.6 Similaridades entre o contrato de trabalho e o regime estatutário da função pública, 243
  - 11.7 O princípio da legalidade como empecilho à negociação coletiva no setor público, 249
  - 11.8 Princípio da legalidade ou princípio da juridicidade?, 264
  - 11.9 Fundamentação constitucional do direito à negociação coletiva no serviço público, 281
  - 11.10 Experiências do Direito estrangeiro, 301
  - 11.11 Considerações a partir do Direito alienígena e modalidades de negociação coletiva de servidor público: negociação consultiva e negociação vinculante, 330
  - 11.12 Experiências do Direito interno, 345
- Conclusão, 374
- Referências bibliográficas, 402



## INTRODUÇÃO

O artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal estabelece como direito dos trabalhadores o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, admitindo que os próprios interlocutores sociais influam na formação do Direito do Trabalho que lhes interessa, em exercício de pluralismo jurídico e autonomia privada coletiva.

O inciso, como é cediço, garante aos trabalhadores a negociação coletiva, da qual são produtos, em prática bem-sucedida, as convenções e os acordos coletivos.

As condições de trabalho, de melhoria salarial, de saúde e higiene do trabalho e várias outras atinentes ao convívio profissional podem ser objeto de debates e entendimentos com os empregadores, em um relacionamento bilateral que procura, ao menos em tese, aumentar a condição social do empregado, dignificando-o.

É uma forma de resguardar a participação democrática da massa trabalhadora nas decisões a serem tomadas na empresa, dividindo com o empresário o poder e a responsabilidade do comando da relação de trabalho, ou seja, com vistas ao ideal de aproximação entre o capital e o trabalho e contatos ideológicos com a participação na gestão da empresa, nos lucros e resultados desta.

É inequívoco meio de emancipação do empregado.

Não obstante, para aqueles trabalhadores que formam vínculo de trabalho com o Poder Público, pela via estatutária ou empregatícia, verifica-se a não admissão do direito à negociação coletiva.

Ora, não existe regime de liberdade sindical ou direito à sindicalização se não estiverem resguardados, em correlação, os direitos à greve e à possibilidade de real e efetivo direito à negociação coletiva. Esses três aspectos são os que tradicional-

mente compõem o Direito Coletivo do Trabalho e não devem ser afastados mesmo em relação aos servidores públicos.

Para o servidor público civil, entretanto, resta a estranha situação de ser permitido o direito à livre associação sindical (artigo 37, VI, da Constituição) e o direito à greve (inciso VII do mesmo dispositivo, em conjugação com as decisões do STF em Mandados de Injunção), porém não é reconhecido o direito à negociação coletiva e à sua consequência natural, que é a possibilidade de serem firmados instrumentos coletivos.

Essa condição anômala do servidor público, em que formalmente não se reconhece o direito à negociação, acaba por ocasionar desgastes intensos e prejuízo ao núcleo mínimo dos outros direitos assegurados na Lei Maior. A Administração, quando não lhe interessa, não atende solicitações, descumprindo prazos, desrespeitando compromissos assumidos, porque se fia na certeza de que, de qualquer forma, não é resguardado o direito à participação pelos servidores públicos civis. A partir desse axioma, que privilegia somente uma das partes, fica muito fácil manter suas posições, pois está confortavelmente respaldada no entendimento pétreo da “impossibilidade de negociação coletiva pelo servidor público”.

Na prática, o que ocorre é que as negociações acabam acontecendo à medida que as pressões vão se avolumando. No contexto atual, é possível ao servidor público deflagrar a greve, mesmo que não lhe seja garantido o direito à negociação. Isso quer dizer que, na realidade, algum tipo de negociação é praticado, sendo, porém, como já se chegou a chamar, um modelo de não negociação, em que prevalecem unilateralismo e disfuncionalidade, com negociações informais e procedimentos não previstos legalmente, em que compromissos políticos são assumidos, sem força de lei, e se não cumpridos levam a descrédito e aumentam o conflito ao invés de pacificá-lo.

Esse modelo de não negociação comumente acaba por gerar o problema da Administração paralela, com generalizado descumprimento da ordem jurídica, em que há tendência a se considerar os fenômenos sociais de contestação da ordem

como ilegalidade e se desprestigia o pluralismo, acolhido pela Constituição Federal em vários dispositivos.

Verifica-se, em suma, que os argumentos utilizados pelo Poder Público como empecilho à negociação coletiva dos servidores públicos civis são relativos (1) a supremacia do interesse público, (2) a necessidade de observância do princípio da legalidade e (3) a ausência de menção expressa do direito à negociação coletiva para os servidores públicos na Constituição da República, eis que o artigo 39, § 3º, não efetua referência ao inciso XXVI do artigo 7º.

No entanto, tais argumentos revelam muito mais o apego a conceitos tradicionais e não renovados do Direito Administrativo, sem levar em conta que até mesmo esse ramo jurídico sofreu o processo de constitucionalização, ou seja, curvou-se a supremacia constitucional. A rigidez de certos conceitos consagrados do Direito Administrativo esconde a necessidade de se impor um modo de regulação de questões sociais baseado em autoritarismo e unilateralidade.

Quanto à supremacia do interesse público, o que se nota é que, no mais das vezes, o argumento é utilizado para justificar a inobservância de direitos fundamentais, além de se constatar que o interesse público, em realidade, encontra-se fragmentado na sociedade, ou seja, não pode mais ser invocado como de exclusiva titularidade do Poder Público.

A invocação à supremacia do interesse público passa ao largo da constatação de que há uma relativização entre os espaços público e privado e que ambos se influenciam. Não se pode afirmar que haja exclusividade do Estado no domínio do interesse público, embora lhe caiba a função de coordenador e gestor na atuação finalística da sociedade em direção ao bem-estar geral.

Mesmo nos ramos do chamado “Direito Privado” existem hoje variadas normas de direito público que restringem a autonomia da vontade, porém, mesmo assim, não há prejuízo ao núcleo do direito. Ora, o próprio contrato de trabalho dá conta disso, pois depende da livre vontade das partes para sua formação, no entanto é limitado pelas normas mínimas de proteção, inclusive aquelas resultantes do exercí-

cio da autonomia privada coletiva. Da mesma maneira, a Administração Pública hoje cada vez mais contrata em regime de Direito privado, em um fenômeno que se costuma chamar de “fuga para o Direito Privado”, quando se privilegia a igualdade e a participação. A própria Administração, em variadas situações, assume compromissos de responsabilidade, transparência e prestação de contas à comunidade, denotando que o interesse público não é exclusividade sua, mas pode pertencer também ao meio privado.

Também indicam a influência recíproca entre o público e o privado e a fragmentação do interesse público, a presença do terceiro setor, a ocorrência de interesses coletivos e difusos não coincidentes com os da Administração, além da eficácia horizontal e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, competindo a todos na sociedade, Poder Público, cidadãos, empresas e outros, dar concretização imediata aos direitos fundamentais.

O interesse público, assim, é meta e não ponto de partida tomado “a priori” e confunde-se, não raro, com os interesses primários da sociedade que estão apontados na Constituição e que podem até coincidir com interesses privados.

Além do mais, outra razão que pode ser utilizada para derrubar qualquer alegação de supremacia do interesse público é que a ordem jurídica constitucional de 1988 apontou no sentido de aproximação entre os servidores públicos, na medida em que indicou a implantação de um regime jurídico único, com abandono da crença de que o regime estatutário e unilateral de “funcionário público” fosse o mais adequado ao Poder Público.

Não há mais motivos, portanto, para compreender que o trabalhador público não seja igual ao trabalhador privado em suas necessidades e interesses e que ao servidor público seja menor a garantia de dignidade de trabalho.

A tendência é que institutos como “negociação coletiva” não sejam peculiaridade das relações empregatícias do setor privado, mas que haja transposição também para a função pública de modo que pertençam, em verdade, não ao Direito do Trabalho, mas à Teoria Geral do Direito.

Ademais, como estudado na primeira parte deste trabalho, muitas teorias de formação e sustentação do Estado baseiam-se numa visão orgânica ou utilitária, cuja presença ao longo da história fixou uma perspectiva “ex parte principis” no relacionamento do Estado tomador de mão de obra e do servidor que lhe presta serviços.

A melhor visão, contudo, é a que encontra ressonância na ordem jurídico-constitucional de 1988 e que se pode denominar personalista, pois respeita e valoriza os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana e incumbe o papel de efetivação e consagração dos direitos fundamentais a todos na sociedade, inclusive aos integrantes dos ramos em que se fragmenta o Estado, no que se vem a chamar de horizontalidade ou objetivação dos direitos humanos.

Na primeira parte do trabalho e como preparação para a reflexão sobre as contradições da defesa pura e simples da supremacia do interesse público como titularidade do Estado, pesquisou-se também a respeito da conformação do poder político que integra a concepção do Estado, para concluir que o poder político deve ser relacional, em que há comunicação democrática e participação dos governados. No entanto, o que veio a prevalecer foi a qualificação do poder como uma coisa e um meio de obter o que se quer.

Não basta ao poder ser forte. Deve ser legítimo. Sendo assim, só se fundamenta como soberania popular na perspectiva “ex parte populi”. O poder hoje não está centralizado, mas circula pela sociedade em vários centros de poder legitimados para revelar o Direito, que não é mais produto exclusivo do Estado em um sistema jurídico fechado.

É necessário, portanto, superar ou dar feições mais evoluídas a doutrinas construídas ao longo do surgimento do Direito Administrativo, como as teorias do órgão e da impermeabilidade, em que se impossibilitava formarem-se relações jurídicas no âmbito da Administração e onde Estado e agente público eram considerados uma coisa só, na relação orgânico-funcional e de serviço. Primordial também é afastar a influência nefasta do patrimonialismo na gerência da coisa pública.

A divisão entre o espaço próprio à relação funcional, na qual o agente é representante do Estado perante a sociedade, e o da relação de serviço, em que são criadas relações jurídicas entre empregador e trabalhador, além da admissão da personalidade jurídica do Estado, foram fundamentais para entender por que também ao servidor público são garantidos direitos em face do Estado e por que é possível o exercício da negociação coletiva na seara do trabalho público.

Aliás, no próprio Direito do Trabalho ocorreu controvérsia parecida, com a discussão se a relação de emprego era informada por teorias institucionalistas, pelas quais o empregado “incorporava-se” ao empreendimento, ou por teorias contratuálistas, em que o trabalhador influía na relação de trabalho, muito embora o sempre presente aspecto de adesão e a mitigação das vontades das partes por normas de ordem pública.

Como se viu ao longo da marcha histórica da humanidade, somente foi possível a evolução dos direitos quando se reconheceu o primado do postulado individual para a aquisição daqueles. Disso deu conta, dentre outros, a Revolução Francesa, pela qual se declararam vários direitos, como os da liberdade, igualdade e o de resistência.

O direito de resistência foi o que propiciou, no Direito do Trabalho, a compreensão da greve e da negociação coletiva como direitos dos trabalhadores. A negociação coletiva, assim, a par de ser considerada um meio de autocomposição, é notadamente expressão da resistência do trabalhador, constituindo modo de aquisição e preservação dos direitos, quando há necessidade de se acrescentar justiça à sociedade ou de fazer-se respeitar os valores supremos existentes.

A negociação coletiva para o servidor público correlaciona-se, assim, com o exercício dos direitos à liberdade, à isonomia, à cidadania e à resistência, e não pode ser ignorada, pois visa implementar a justiça social.

Quanto ao argumento da observância ao princípio da legalidade, verifica-se que a exigência consentânea com os tempos hodiernos é a da obediência ao princí-

pio da juridicidade, que considera não somente a lei em sentido formal, mas a regência por princípios e valores dignificados constitucionalmente, além de outras formas de manifestação da legalidade.

Pelo princípio da juridicidade importa menos a forma e mais o conteúdo, até porque, como ressaltado, a produção legiferante não se restringe ao Poder Legislativo. Sobrelevam-se a normatividade dos princípios e a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras, e o legalismo é substituído pelo constitucionalismo, com a onipresença da Carta Maior.

Isso quer dizer que, independente de lei específica, a Administração está autorizada a aplicar os valores e princípios albergados pela Constituição da República e pode exercer sua função normativa. Aliás, esta autorização configura um poder-dever quando se trata da negociação coletiva, pois esta é um meio eficaz da prática, junto aos servidores, dos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da publicidade administrativa, evitando-se que ocorram os riscos da Administração paralela, do patrimonialismo.

Percebe-se, na análise das hipóteses do decreto autônomo, do artigo 84, VI, e do decreto regulamentar, do artigo 84, IV, da Constituição que há espaço para a Administração negociar segundo um modelo vinculante, sem a dependência da instância legislativa.

Aliás, a crônica crise do legislativo e da representatividade pelas suas instâncias tradicionais cada vez mais recomenda um modelo de democracia participativa e não somente representativa, em que os diretamente interessados e atingidos por uma norma participem, quando tal for possível, de sua elaboração.

Quanto aos argumentos de observância às regras orçamentárias, crê-se que o discurso se assemelha em muito com o que acontece na seara do setor privado em relação à necessidade de se limitarem as questões trabalhistas às leis “do mercado”. Ora, a partir do momento em que o Poder Público assume compromissos perante seus funcionários, a presunção é de que esteja autorizado a tanto, o que implica afirmar que o representante da Administração é dotado dos meios próprios para

concretizar aquilo em que se empenhou. Pensar de modo contrário seria privilegiar a má-fé e a falta de responsabilidade. A partir daí se imagina que deverão as normas orçamentárias adequar-se às normas trabalhistas, e não o contrário, desde que não haja elementos de irregularidade ou ilegalidade. Se for o caso, o Poder Público deverá se resguardar, previamente ao início das tratativas de negociação, da existência de poderes suficientes outorgados pela Câmara Legislativa. Quanto aos efeitos financeiros, tais poderão se dar de imediato, quando possível a abertura de créditos adicionais ou a partir do exercício financeiro seguinte de modo retroativo.

No último argumento, relativo à ausência de menção do artigo 39, § 3º, ao artigo 7º, XXVI, falece, igualmente, óbice para o apartamento do direito à negociação pelo servidor. O silêncio da Constituição não deve ser interpretado como eloquência do legislador, e nem mesmo se pode coadunar que exista, no corpo constitucional, uma lacuna jurídica. Na verdade, o direito coletivo do servidor público pode ser perfeitamente enquadrável como um direito fundamental e princípio constitucional implícitos, como autoriza o artigo 5º, § 2º, da Constituição da República, pelo qual os direitos fundamentais se disseminam pela Constituição formal e se espraiam pela constitucionalidade material.

A Constituição da República, em vários momentos, privilegiou a autonomia e a participação, a solução espontânea das controvérsias, o diálogo e o pluralismo. Criou meios de democracia participativa além dos modos tradicionais de representação, valorizou a liberdade sindical e a não interferência, abandonou fórmulas de unilateralismo e autoritarismo.

Não seria razoável supor que a relação da Administração com seu servidor ficasse de fora desses influxos.

Além do mais, a se pensar que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (e aí se incluem as convenções da OIT) têm o mesmo nível hierárquico que a Constituição, há normas suficientes para a proteção e o exercício do direito à negociação coletiva no serviço público, notadamente se reconhecido que não se separam os direitos à sindicalização e à greve e o direito à negociação coletiva.



Como parte final do trabalho, apura-se o tratamento do tema no Direito estrangeiro com estudo breve das experiências francesa, espanhola, alemã, italiana, americana, canadense e portuguesa. Observa-se que, ali, a negociação coletiva bifurca-se nas espécies consultiva e vinculante, com especificidades nacionais.

Embora embrionárias, as experiências brasileiras de negociação coletiva têm, também, avançado. Vários Municípios, alguns Estados e o próprio governo federal, desde 2003, com a implantação da Mesa Nacional de Negociação Permanente, procuram dar eficácia ao direito já existente na Constituição republicana. No entanto, os argumentos tradicionais de impossibilidade de negociação encontram-se tão arraigados que as práticas negociadoras encontram vários empecilhos que devem ser afastados.

A pretensão desta dissertação, portanto, é a demonstração da plausibilidade do redimensionamento da situação dos servidores públicos, os quais se equiparam em necessidades aos trabalhadores da iniciativa privada, não havendo razão hábil a excluí-los desta proteção específica de direito humano.

É premente a inversão da perspectiva do relacionamento estabelecido com o Poder Público para que seja considerado o outro ponto, “ex parte civium”, com óbvio respeito aos valores elididos constitucionalmente e fundados em motivos de ordem financeira e de responsabilidade fiscal.

Interessante notar, neste contexto, que a evolução dos direitos humanos e fundamentais consistiu justamente na prática da resistência ao poder do Estado, granjeando aos indivíduos, inicialmente, direitos de limitação à ação do poder público, e, em seguida, o reconhecimento de prestações positivas como implementação de efetiva igualdade material, porém, em contraparte, deixou de ocorrer, na mesma medida, essa evolução de postura nas instâncias internas da própria Administração Pública.

Há, portanto, um paradoxo: o relacionamento externo do Estado com a generalidade da população incorpora (ou deveria incorporar) perfeitamente os valores humanos de primeira, segunda, terceira ou outras dimensões, mas o relacionamento

“interna corporis”, com aqueles que desenvolvem, em diferentes graus, a função pública, ainda inibe o diálogo, a participação.

A negociação coletiva do trabalho, assim, é pertinente ao servidor público, ainda que sofra limitações objetivas e subjetivas de ordem constitucional, o que é razoável admitir, pois não mais se concebem direitos exercidos de modo absoluto.

Tais limitações não devem causar receio à concretização eficaz do direito.

Também no setor privado o exercício da negociação coletiva sofre restrições. Aliás, os limites à negociação coletiva em âmbito privado são em si mesmos bastante controvertidos e poderiam ser até assunto de uma outra dissertação. Acredita-se que também no serviço público a negociação coletiva deve-se dar com critérios e não ser utilizada como mero modo de precarização de direitos.

Com intuito de organizar as informações e encadear melhor o pensamento, procurou-se dividir este estudo em três partes. Uma referente à análise da imbricação de interesses na sociedade, ao exame da estrutura histórica do Estado e das teorias que informaram o poder político e que condicionaram institutos tradicionais do Direito Administrativo. Outra, em direção oposta, com vistas ao indivíduo, demonstrando que a valorização da dignidade humana foi fator responsável pela aquisição de direitos pelo homem moderno. Nesta mesma linha, a argumentação de que o direito de resistência, o pluralismo jurídico e a autonomia privada coletiva foram fundamentos e são características da negociação coletiva do trabalho, a qual, cada vez mais, torna-se categoria da Teoria Geral do Direito. E, por último, o estudo específico da negociação coletiva no serviço público, tema central deste trabalho.

## **PARTE I**

### **SOCIEDADE, ESTADO E SUA FUNDAMENTAÇÃO**

## 1

## **A dicotomia público-privado e os riscos da flexibilização na relação Estado-agente público**

Acredita-se não ser possível discorrer sobre a negociação coletiva no setor público sem refletir sobre a própria conformação do Estado em sua relação com a sociedade, pois o relacionamento entre ambos, apesar de alocados como instâncias estanques, próprias à separação do que é público e privado, acaba por sofrer uma mútua interferência, com diferentes intensidades, dependendo do contexto da época e seus influxos políticos, culturais, econômicos e sociais etc.

A exagerada interferência do público sobre o privado suprime a liberdade e é própria dos regimes totalitários, porém a ausência de interferência, de igual modo, provoca uma liberdade meramente formal, que desprestigia a igualdade em sentido material e causa competições e injustiças na medida em que reputa ao livre jogo de mercado a possibilidade de curar mazelas sociais e promover o bem-estar.

Na relação com aquele que lhe presta serviços é importante saber quais conceitos e teorias justificam a primazia e a impossibilidade de diálogo com o trabalhador, o qual, antes de apresentar-se como profissional, possui direitos ligados à sua dignidade e personalidade, entre outros ligados à cidadania.

O Estado deve estar comprometido com o bem-estar geral e, nessa qualidade, deve interferir, mas também dialogar, sentindo o quanto pode avançar e o quanto recuar, atento à sua finalidade maior, que é a promoção do bem comum, nem sempre equivalente à mera soma numérica dos que integram a vontade geral. Seu comportamento não corresponde, também, a atitudes polarizadas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Sem qualquer pretensão de defesa da terceira via ou da social-democracia, embora concorde que o Estado de Direito democrático é, além da posição constitucional adotada pelo Brasil, via eficaz de promoção da igualdade e do avanço social, cita-se o seguinte trecho de Anthony Giddens, pois revela a descompensação de se privilegiar só o privado (mercado) ou só o público (Estado): “A esquerda tradicional, assim como muitos outros social-democratas, tende a atuar com base em uma concepção não conformada do Estado. Seu objetivo é substituir o máximo possível o mercado pelo poder do Estado a fim de alcançar as metas sociais. Os social-democratas modernizadores argumentariam com base em um ponto de vista diferente. Na esteira da influência retrógrada das filosofias de livre mercado, ressuscitar as instituições públicas é uma tarefa fundamental. Contudo não se deve identificar as instituições públicas apenas com o governo e o Estado. Após o declínio ou o colapso de outras

O que se percebeu é que, com o decorrer do tempo, o Estado, desde sua concepção moderna, com a postura de abstenção em relação à sociedade, domínio do privado, de modo que esta e aquele funcionassem como corpos isolados, passou a intervir na atividade econômica, principalmente (mas não sempre) para o fomento social e promoção de igualdade em sentido material, até como exigência do modo de produção capitalista para que mais pessoas (trabalhadores) pudessem se inserir como mercado consumidor e para evitar uma crise social que impossibilitasse a própria segurança do Estado e das partes mais abastadas da sociedade.

Atualmente, desde os anos oitenta, aproximadamente, fala-se em crise do Estado, assim como em crise em vários setores da sociedade, a ponto de se falar que hoje os tempos são de pós-modernismo, ou seja, de desconstrução de valores que haviam se estabilizado desde o início dos tempos modernos e seguramente consolidados com o Estado Social.

Passou-se, assim, a apregoar um Estado que fosse mínimo, ou gerencial, mais regulador de interesses e em exercício ampliado de seu poder de polícia, tal como quando do Estado Liberal.

Raquel Dias da Silveira<sup>2</sup> assim o define:

Almejou-se um Estado menor, que se retirasse das áreas conquistadas pela iniciativa privada, mantendo-se a regulação e a supervisão administrativas. Essa nova forma de atuação do Estado encontrou fundamento científico em dois velhos princípios: a sociedade solidária e a subsidiariedade do poder público.

O fenômeno atual muito tem a ver com a globalização e o surgimento das novas tecnologias, que possibilitaram à iniciativa privada avançar sobre atividades e

---

“vias”, a política da terceira via deve buscar uma base diferente de ordem social.”

“Este ponto de vista pode ser descrito como *pluralismo estrutural*. As “opções de projeto” oferecidas pelas duas posições políticas rivais eram monísticas – elas queriam que ou o governo ou o mercado servisse como um meio de coordenar o domínio social. Outras têm se voltado para a comunidade ou a sociedade civil como as fontes definitivas de coesão social. Contudo a ordem social, a democracia e a justiça social não podem se desenvolver onde um destes conjuntos de instituições é dominante. Um equilíbrio entre eles é necessário para que se sustente uma sociedade pluralista. Além disso, cada um deles deve ser visto novamente à luz das mudanças sociais contemporâneas” (GIDDENS, Anthony. **A terceira via e seus críticos**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 61-62).

<sup>2</sup>SILVEIRA, Raquel Dias da. “O repensar da noção de serviço público”. In *Direito Público Moderno. Homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Coord. Luciano Ferraz e Fabrício Motta. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 102.

serviços antes relegados ao Estado porque não era possível àquela prestá-los satisfatoriamente<sup>3</sup>.

Assim, a definição do que era, ou não, serviço público, conceito ainda bastante controvertido, não tinha a ver com a essencialidade da atividade econômica (nos casos de intervenção no domínio econômico, por exemplo), mas quanto a relegar ao Estado, em complementaridade, aquilo que não era interessante ao setor privado, pois lhe faltavam meios bastantes.

Destaca-se, a propósito, nota de rodapé de Alexandre Santos de Aragão<sup>4</sup>, na obra “Direito dos Serviços Públicos”, que deixa transparecer o que se comenta:

... a essencialidade da atividade econômica não é suficiente para que venha a ser qualificada pelo direito positivo como serviço público, exigindo-se também que haja a incapacidade de a iniciativa privada prestá-la satisfatoriamente. Os alimentos e medicamentos, por exemplo, são bens essenciais que via de regra são fornecidos pela própria iniciativa privada.

Relevante notar, neste aspecto, que, tomado por base o exemplo das constituições brasileiras, os serviços postais sempre fizeram parte das competências materiais exclusivas da União (atualmente disciplinadas no artigo 22 da Carta Maior), porém nunca se ouviu dizer a respeito de poder deste tipo assegurado quanto à produção ou distribuição de alimentos, apesar de o país, notadamente em sua região Norte e Nordeste, ter um déficit social atávico quanto à garantia da sobrevivência dos mais pobres.

Neste contexto, a atividade estatal é diretamente conformada pelos interesses privados da nação (ou além dela), os quais podem (e muitas vezes acontece de) até coincidir com o interesse geral (se há a possibilidade, ao menos potencial, de que as

---

<sup>3</sup> Sobre a globalização e as políticas neoliberais em face do Estado, veja-se o que diz Flávia Piovesan: “Nos anos 90, as políticas neoliberais, fundadas no livre mercado, nos programas de privatização e na austeridade econômica, permitiram que, hoje, sejam antes os Estados que se achem incorporados aos mercados e não a economia política às fronteiras estatais, como salienta Jurgen Habermas”.

“A globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social: Lembre-se que o próprio então diretor-gerente do FMI, Michel Camdessus, em seu último discurso oficial, afirmou que “desmantelar sistematicamente o Estado não é o caminho para responder aos problemas das economias modernas (...) A pobreza é a ameaça sistêmica fundamental à estabilidade em um mundo que se globaliza” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

<sup>4</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 244.

forças privadas provejam a distribuição e o comércio de alimentos não há, em tese, necessidade da atuação subsidiária do poder público).

A atuação do poder público, além de subsidiar, preenchendo os espaços impossíveis à iniciativa privada em determinada quadra, também tem a função de providenciar meios e estrutura capazes de desenvolver a atividade econômica, razão pela qual o conceito de serviço público atua também com este fito enquanto for conveniente. Assim, as atividades de fornecimento de energia, de água, saneamento, a indústria petrolífera.

Porém, se o setor privado reputa-se capacitado para atuar, especialmente quando detém poderio econômico e tecnologia bastantes, o Estado naturalmente se adequa, ou sofre pressão societal para tanto, a fim de transferir e relegar o serviço para o campo do privado. É o que ocorreu desde os anos oitenta com as ondas de privatizações, mencionando-se como exemplos mais destacados os serviços de telefonia fixa e móvel, os quais deixaram de pertencer à esfera da titularidade estatal e passaram a ser desenvolvidos pela iniciativa privada.

Assim, a postura do Estado ganha o perfil de reguladora do interesse público, na forma posta pelo ordenamento jurídico, em uma nova roupagem do poder de polícia, com reduzida margem de discricionariedade e redução do exercício direto de intervenção na atividade econômica. Não é por acaso que se generalizou a adoção das agências reguladoras no mesmo momento em que se apregoava a diminuição do Estado excessivamente burocrático e interventor.

A definição do que é serviço público é relegada, como decorrência, a um conceito cinzento. Há certa dificuldade em enquadrá-la como pública ou privada, pois o ordenamento jurídico, como um todo, também demarca limites à atividade privada, ainda que não exercida sob concessão estatal<sup>5</sup>, de modo que não há,

---

<sup>5</sup>Exemplificativamente, um restaurante está sujeito à observância de posturas sanitárias e municipais, isto é, está sob jugo da competência da Administração, assim como uma prestadora de serviço público é condicionada pelas normas de uma agência reguladora. A respeito, Alexandre Santos de Aragão, na obra atrás citada, cita Carlos Ari Sunfeld, em trecho que dá muito bem conta da diluição do que seja próprio e atribuível ao Estado: “CARLOS ARI SUNDFELD vem sustentando a superação de todas essas categorias (serviço público, serviços públicos impróprios, atividades privadas de interesse público, de relevância pública etc.), pela noção única de regulação, exteriorizável, no entanto, de diversas formas e intensidades. O serviço público para o jurista seria apenas uma das formas e intensidades. O serviço público para o jurista seria apenas uma das possíveis modalidades de

rigorosamente, verdadeira autonomia individual, que é ajustada aos ditames do Direito e também, na medida em que autorizadas como fontes normativas, as regras originárias dos corpos sociais intermediários.

O que é público e privado é tangenciado e variável de acordo com o momento da sociedade, de modo que esta e o Estado muitas vezes se confundem, apesar de ser necessário se diferenciarem em certa dimensão. O que é zona delimitada de uma e de outro encolhe, alarga-se e inter-relaciona-se de acordo com a conjuntura predominante.

A distinção do que é público e privado, para Norberto Bobbio<sup>6</sup>, equivale, fundamentalmente, a saber se aplicável uma relação numa sociedade entre iguais ou numa sociedade entre desiguais. O Estado, ou outra esfera organizada onde exista uma esfera pública, é caracterizado por relações de subordinação entre detentores de poder de comando e destinatários do dever de obediência, enquanto numa relação de coordenação, entre iguais, a postura, obviamente, é oposta.

Entretanto, não é automático dizer que numa relação de subordinação se está diante de uma relação pública, entre desiguais, assim como o contrário, isto é, uma relação de coordenação, entre iguais, esteja infensa à esfera do que é público.

O próprio Bobbio cita a família como exemplo de uma sociedade entre desiguais pertencente à esfera privada:

... a família pertence convencionalmente à esfera privada contraposta à esfera pública, ou melhor, é reconduzida à esfera privada lá onde é superada por uma organização mais complexa, que é exatamente a cidade (no sentido aristotélico da palavra) ou o Estado (no sentido dos escritores políticos modernos): mas, com respeito à diferença das duas sociedades, é uma sociedade de desiguais, embora seja possível encontrar a prova da pertinência convencional da família à esfera privada no fato de que o direito público europeu que acompanha a formação do Estado constitucional moderno considerou privatistas as concepções patriarcalistas, paternalistas

---

regulação das atividades econômicas, empregada quando especialmente necessário que o Estado assegure investimentos privados em infraestruturas de interesse da sociedade”, p. 253. Ainda que o professor Alexandre dos Santos tenha se preocupado, neste trecho da obra, em evidenciar a dificuldade hodierna em conceituar e delimitar serviço público, em face de variada divergência doutrinária, o dissenso serve para demonstrar, por via indireta, a fragmentação em que vive a sociedade, seu modo de produção e, por consequência, o Estado, eis que este é fruto inequívoco dos dois primeiros.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 15-17.



ou despóticas do poder soberano, que assimilam o Estado a uma família ampliada ou atribuem ao soberano os mesmos poderes que pertencem ao patriarca, ao pai ou ao patrão, senhores por vários títulos e com diversa força da sociedade familiar<sup>7</sup>.

Como exemplo de relações entre iguais incluída na esfera pública, o autor cita, ainda, os Estados no âmbito do Direito Internacional. Do mesmo modo, anteviu na economia política uma mescla de público e privado, pois, ao menos em tese e originariamente, o raio de ação da economia é o da sociedade civil, exemplo de estado da natureza, na visão dos contratualistas modernos (pois o estado da natureza pressupunha um regime de liberdade e igualdade sem restrições), e o raio da política, desde o nascedouro, é ligado à ideia da formação, desenvolvimento e manutenção do poder, incluída aí a soberania na concepção construída desde o absolutismo.

Pode-se pensar, igualmente, na relação de emprego, que é fundamentalmente uma relação entre desiguais, tanto que deu espaço ao surgimento do Direito do Trabalho, o qual, embora exista alguma controvérsia, é qualificado como ramo do Direito Privado.

No âmbito do Direito do Trabalho, a fim de compensar a subordinação jurídica do empregado ante o empregador, cuja posição é equivalente a um ser coletivo<sup>8</sup> - pois toma a forma, normalmente, de uma sociedade empresarial, adquirindo sua personalidade de modo fictício -, houve instituição de mecanismos, a princípio sem acolhida pela ordem jurídica para, ao depois, serem regulados em ordenamento. Os exemplos mais notórios são os instrumentos do Direito Coletivo do Trabalho, tais como a greve, os sindicatos dentro de um regime de liberdade sindical e a negociação coletiva, garantia de uma instância democrática de diálogo entre os dois titulares da relação capital e trabalho.

Acresça-se a isso, como dito, a complexidade da sociedade moderna (ou pós-moderna), em que ganharam relevo, como mencionado, os corpos sociais

---

<sup>7</sup> **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 16.

<sup>8</sup> Percebe-se, neste tocante, que o Estado, na sua evolução, granjeou personalidade jurídica tal qual uma empresa privada ocupando a posição de empregadora (não se entra, por distender demais o âmbito do que se propõe, no fato de que a empresa, para o Direito do Trabalho, é ente despersonalizado e não necessariamente se confunde com uma sociedade empresarial).

intermediários e os mecanismos democráticos além do simples conceito clássico de democracia representativa (ou seja, a própria sociedade passou a exigir mecanismos de participação democrática como modo de legitimação e eficácia das decisões, num construído do processo social e da formação jurídica).

É pertinente citar o trecho abaixo, também da obra de Alexandre Santos de Aragão<sup>9</sup>, para dar conta da flexibilidade entre o que seja público e privado, da inserção de novas formas de participação do privado na consecução do interesse público e, inversamente, da participação do público no privado, além da interlocução da sociedade nos processos de decisão:

O atual momento do Estado e da sociedade é marcado por essa atenuação das fronteiras entre o público e o privado na realização das necessidades humanas, acreditando-se que mecanismos privados possam, em alguns casos, ser tão ou mais eficazes que os socioestatais.

Este fenômeno se verificou tanto em relação às formas sem fins lucrativos de satisfação das necessidades humanas, com parcerias firmadas entre o Estado e entidades da sociedade civil, como em relação ao mercado, com a delegação de atividades que permaneceram sendo de titularidade do Estado, mas que até há pouco também eram por ele prestadas; e até mesmo com destituição de algumas atividades, que passaram da órbita estatal para a da iniciativa privada, sujeitas, no entanto, a uma constante e incisiva regulação, atividades estas que, pela confluência de elementos públicos e privados, representam um grande desafio conceitual para o Direito contemporâneo, por se situarem justamente na fronteira entre o espaço público e o espaço privado.

FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO acresce que, além dos mecanismos mais tradicionais de intersecção entre o público e o privado, “hoje assiste-se a tal cruzamento se dar pela adoção de sofisticados mecanismos, como as participações societárias em empresas privadas ou a montagem de projetos financeiros para fomento de atividades empresariais privada”.

Prossegue o autor afirmando que a conjunção dos fatores da internacionalização e fragmentação social também leva à emergência de grupos intermédios da sociedade com *status* público, decorrente das parcerias que celebram com o Estado (Organizações sociais, Organizações Sociais de Interesse Público, serviços sociais autônomos etc.); se, por um lado, o Estado lhes empresta força, por outro, estes entes sociais passam a condicionar a ação do Estado. “O poder decisório com relação à alocação de bens, direitos e oportunidades públicas, antes monopólio do espaço público, passa a ser também exercido por instituições privadas, quer porque estas assumem a corresponsabilidade pelo atendimento de demandas sociais, quer porque elas se tornam interlocutoras obrigatórias do Poder Público no processo decisório, sem o que resta ameaçada a efetividade daquela decisão”.

---

<sup>9</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 9-10.

LUCIANO PAREJO ALFONSO afirma que “o interesse público ou geral deixou de ser uma categoria clara e taxativamente separada e contraposta, quase que por natureza, de algo distinto que é o interesse privado (por sua vez, em princípio e como regra geral, inconciliável com aquele e inservível para a consecução do mesmo). A interpenetração do Estado e sociedade e a progressiva incapacidade do primeiro para realizar e impor apenas por sua própria vontade e ação o interesse público relativizou a autonomia deste, vinculando com naturalidade sua consecução à cooperação e colaboração com os interesses privados ou, quando menos, com o incentivo a estes”.

O que se pretende demonstrar, na sequência dessa dissertação, é que muitos conceitos tradicionais do Direito Administrativo ainda permanecem como modo de regulação social e têm certa aplicabilidade rígida em zonas em que é importante exercer autoridade de modo unilateral, até para não refrear o livre curso que se pretende dar à nova imagem do Estado, mais fluida, dotada de mais flexibilidade, eficiência, baseada em critérios de produtividade.

Deste modo, enquanto se propugna que a atuação externa do Estado seja de cunho mais regulatório e fiscalizador, com diminuição de seu tamanho sobre o setor privado, porém com multiplicação de modos de um interferir no outro e para isso vale o aumento das instâncias de democratização, diálogo e controle social (o que é, de todo modo, justificável, pois a nossa própria Constituição adota valores como o da democracia participativa e o pluralismo, dentre outros), no relacionamento entre Estado e servidor público prevalece, ainda, uma interpretação baseada nos princípios da primazia do interesse público e da legalidade de modo que se reduza (senão anule) a “voz” do funcionário e empregado público, confundindo-a com a do Estado. A própria definição do que é público e privado, no entanto, não é severa, e comporta intercâmbio.

Tais conceitos, dentre outros ligados à atuação da Administração, devem sofrer uma nova leitura, assim como já acontece quando se cuida da participação democrática da sociedade nas instâncias decisórias da Administração, definindo políticas ou exercendo controle, assunto que ganhou franco desenvolvimento neste início de século desde a década de noventa do século passado e que é muito bem exposto, entre outros, por Rogério Gesta Leal.

Contudo, não é raro hoje ouvir falar, ao invés de princípio da legalidade, em

princípio da juridicidade ou legitimidade, com mais atenção à Constituição Federal e aos princípios e valores por ela adotados do que o apego à lei formalmente considerada na atuação administrativa em face do particular.

Do mesmo modo, não parece mais correto falar em supremacia do interesse público a partir de um ponto de vista tomado “a priori”, mas em correlação e ponderação de interesses públicos e privados tomado o que seja mais adequado e proporcional ao interesse geral. Assim, nem sempre o interesse geral coincidirá com o interesse público, do mesmo modo que nem sempre o interesse geral é o coletivo ou o particular.

Aí se torna útil poder distinguir, quanto ao interesse público, o que é essencialmente público, pois voltado ao bem-estar geral (interesse primário) do que público em razão da titularidade pública, mas com finalidade política ou casuística (interesse secundário).

Essas novas roupagens dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público devem prevalecer também no que se refere ao relacionamento “interna corporis”, isto é, aquele atinente ao Direito Administrativo interno, por assim dizer. Na relação do Estado com o trabalhador que lhe presta serviços deve ser distinguido e sopesado o público e o privado, de modo que a Administração não se confunde com o servidor que lhe presta serviço.

Parece que há uma noção equivocada pela confusão da figura do servidor com o Estado e nisto influi o resquício de uma visão orgânica do Estado, em que imperam teorias unilaterais e impermeáveis à manifestação da personalidade jurídica dos agentes públicos.

Os mecanismos de diálogo e decisão compartilhada com o servidor também devem ser criados e estimulados dentro da Administração.

A manifestação da “voz” do funcionário deve ser acolhida, seja em decorrência de seu direito fundamental de expressão, seja porque coletivamente lhe é assegurado o direito à sindicalização e à greve, institutos intimamente

relacionados à possibilidade de negociação coletiva como modo legítimo de criação normativa.

Claro que nenhum direito é concebido, atualmente, de modo absoluto.

Assim como na iniciativa privada a negociação coletiva é passível de limitações, para resguardar a integridade das normas de ordem cogente, das liberdades e direitos fundamentais, também no serviço público é esperável que restrições aconteçam, porém um exame detalhado permite concluir que muitas limitações invocadas como empecilho para o diálogo com o servidor são, em realidade, preconcebidas com base em postulados que já não mais têm sustentação no Direito Administrativo e que revelam um passado autoritário na formação e desenvolvimento do Estado.

Outro destaque a ser dado é que a negociação coletiva em relação ao servidor, apesar da omissão no texto constitucional, transparece como princípio implícito decorrente de inúmeros valores adotados pela ordem constitucional. Além de princípio implícito (artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição), a negociação coletiva desta categoria de trabalhador traduz direito fundamental, cuja aplicabilidade é imediata, isto é, não há necessidade de reserva legal a fim de conferir eficácia ao direito. A própria Administração pode (e deve) extrair do texto da Carta Política o fundamento jurídico necessário para implementação desta regra e princípio constitucional.

Neste diapasão, não há sequer que se argumentar sobre a presença de um silêncio eloquente ou uma lacuna no texto constitucional. Esta última porque incompatível com a normativa constitucional, eis que a Constituição funda uma nova ordem jurídica e a análise da presença de uma lacuna faz maior sentido perante a legislação infraconstitucional, mas não ante o texto maior que instaura, ao mesmo tempo, valores, princípios e regras que devem necessariamente ser compatibilizados, formando um todo coeso, sob pena de ofensa aos próprios postulados constitucionais, sendo que um deles é o da unidade da carta constitucional.

Também não há que se cogitar de um silêncio eloquente, pela ausência de menção expressa no rol dos direitos assegurados ao servidor público no artigo 39, de modo que haveria o propósito explícito de excluir a negociação coletiva, posto que, diversamente, ocorreu alusão aos direitos à sindicalização e à greve.

Ora, o exercício da greve é recurso extremo ante a falta do diálogo. A negociação coletiva, em sua natureza jurídica, é fundamentalmente procedimento dialógico, conversação, que pode, ou não, resultar na elaboração de um instrumento jurídico contratual. No seu decurso sem obtenções de resultados positivos é que poderá surgir o movimento paredista. Alternativamente, a negociação coletiva poderá, ainda, servir para finalização da greve, sem necessidade de socorro à via judicial.

E, de qualquer modo, a Constituição, como um todo, valoriza o pluralismo jurídico, a solução pacífica das controvérsias, a negociação coletiva e trouxe, a par de alguns anacronismos, flagrante avanço na matéria do Direito Coletivo e na democratização do reconhecimento de direitos sociais aos trabalhadores públicos.

Um alerta, contudo, deve ser feito. Pode parecer paradoxal pautar-se o engrandecimento da negociação coletiva e do diálogo com o servidor justamente na fase em que o Estado se torna menor em virtude, dentre outros, da relação dialógica com a sociedade e com o setor privado, com aumento dos canais em que este último influencia o Estado.

Ora, se o modo de produção capitalista é forte o bastante para impulsionar a quebra do padrão de Estado até então concebido, de natureza eminentemente social e interventiva, a apropriação do mecanismo da negociação coletiva na esfera pública, tal qual ocorreu e ocorre na iniciativa privada pode servir para precarizar e flexibilizar direitos dos trabalhadores do Estado.

Esse risco há e é sério.

Mais do que mera cogitação, a diminuição do Estado é evidenciada de modo concreto e um dos indícios mais claros é a queda do número dos servidores civis da

União, como se nota na tabela abaixo, extraída de artigo da lavra de Zairo B. Cheibub<sup>10 11</sup>.

**Tabela 2**  
**Evolução do quantitativo de servidores**  
**civis da União**

Ano	Civis do Poder Executivo	Civis do Poder Executivo + Empregados das estatais
1988	705.548	—
1989	712.740	1.488.608
1990	628.305	1.312.682
1991	598.375	1.238.817
1992	620.870	1.261.037
1993	592.898	1.236.538
1994	583.020	1.216.058
1995	567.689	1.140.711
1996	554.736	1.068.063
1997	531.725	994.805
1998	516.241	—
1999	507.232	—

Fonte: *Boletim Estatístico de Pessoal*, Brasília, diversos números. A informação de 1999 é do mês de junho.

Na seara do Direito do Trabalho, campo com influxos publicistas, na medida em que há regulações mínimas legal, constitucional e por dispositivos coletivos, que limitam a autonomia individual da vontade, mas que vêm pertencendo, cada vez mais, ao âmbito privado, especialmente pelo uso das formas autônomas de criação desse ramo do Direito em prejuízo das heterônomas, o que se percebe é que há uma tendência clara à redução e flexibilização de direitos trabalhistas pela via da negociação coletiva.

A própria Constituição Federal, neste aspecto, deu suporte a esta conduta,

<sup>10</sup>CHEIBUB, Zairo B. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, junho de 2000.

<sup>11</sup> Esses números, é bom que se diga, não sofreram alterações substanciais desde então. À guisa de exatidão, de acordo com acesso, em 18 de maio de 2009, ao link [http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim\\_estatistico/bol\\_estatistico\\_09/Bol155\\_Mar2009.pdf](http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_09/Bol155_Mar2009.pdf) apresentou a seguinte variação até 2009: 531.725 (1997), 513.720 (1998), 497.125 (1999), 486.912 (2000), 485.303 (2001), 485.741 (2002), 485.980 (2003), 499.138 (2004), 508.963 (2005), 508.124 (2006), 528.420 (2007), 529.235 (2008), 542.134 (2009). Pela análise dos dados, nota-se que nos dois governos Lula houve um aumento do funcionalismo (apenas dados do Poder Executivo) em cerca de 12%. Para maiores comparações, recomenda-se o acesso ao site.

reconhecendo a viabilidade dos acordos e convenções coletivas para tocar em assuntos fulcrais da relação capital e trabalho, tais como salário e jornada de trabalho (artigo 7º, VI, XIII e XIV, da CF).

Interessante atentar que no mesmo estágio de diminuição do Estado, a empresa, tal como concebida no período de auge do Direito do Trabalho, coincidente com o do Estado Social, veio a se enxugar, recorrendo a técnicas gerenciais de desconcentração e descentralização, mediante a terceirização ou o modo de produção toyotista, com redução do quadro da mão de obra e incentivo ao trabalho em equipe e valorização do trabalhador multifuncional, com reflexos, inclusive, no modo de percepção da remuneração, com ampliação dos modos de aferição de rendimento pelo resultado e pela atividade da equipe ou célula de trabalho<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Veja-se, a propósito, o seguinte trecho de artigo da lavra de Márcio Túlio Viana, publicado na revista da LTr: “E o que aconteceu no plano menor, o da empresa? No plano da empresa, a contraofensiva liberal também se iniciou nos países desenvolvidos.

Num primeiro momento, o impulso foi para automatizar radicalmente. Depois, a automatização se mostrou cara e – mais do que isso – desnecessária. O desemprego e a fragilização dos sindicatos haviam pressionado os salários para baixo, e o *exército de reserva* se tornara maior e mais dócil.

Assim, a fábrica passou a mesclar a automação com os novos métodos de gestão de mão de obra. Basicamente, eram variações do toyotismo, o mesmo toyotismo que os norte-americanos haviam inventado e exportado para o Japão, em plena era fordista, e que o Japão havia aperfeiçoado, para agora exportar.

Ao mesmo tempo, e também se aproveitando da experiência japonesa, a fábrica passou a se organizar de outro modo. De rígida, tornou-se flexível, tal como os produtos que agora fazia, o novo trabalhador que agora exigia e o novo direito pelo qual lutava.

Em linhas gerais, talvez se possa dizer que o sistema passou a trabalhar com a lógica inversa. Em vez de incluir, excluir – empregados, direitos, políticas sociais, etapas do processo produtivo. Como um vulcão que vomita lava e fogo, a fábrica passou a jogar fora tudo o que não diz respeito ao foco de suas atividades. Em certos casos, jogou-se *ela própria* para fora, descartando sua natureza de fábrica.

Mas esse movimento de exclusão – que se acentua – traz embutido um movimento contrário, de reinclusão, pelo qual a fábrica (ou a ex-fábrica) de certo modo retoma alguma das antigas atividades, trabalhadores e máquinas.

Em certos casos (terceirização interna), ela retoma uma parte dos trabalhadores expulsos, valendo-se de outra empresa, que os comercializa. Em geral eles voltam com um uniforme mais simples, um salário mais pobre e uma aderência menor. E ela também os reencontra diferentes, sem o *status* e os ônus de empregadora. É como uma espécie de mágica.

Em outros casos (terceirização externa), a fábrica passa a gerir tudo – homens, máquinas, matéria-prima, produtos – por meio das outras empresas da rede, tal como fazia nos primeiros tempos do capitalismo industrial, quando ainda era *difusa*. A grande empresa funciona como o *motor do ciclo*.

Num caso e noutro, a terceirização fomenta a criação de pequenas empresas, que ocupam os vazios abandonados pelas grandes. Mas isso não significa que o número de postos de trabalho tenha aumentado ou mesmo se mantido igual. Ao contrário: terceirizando-se, a grande empresa passa a utilizar o número exato de trabalhadores que precisa a cada momento, reduzindo a quase zero o seu estoque de mão de obra – tal como faz com as próprias peças e os produtos.

É claro que essa realidade está muito longe de ser homogênea. Mas ela reflete uma tendência cada vez mais presente” (VIANA, Márcio Túlio. **Revista LTr**, 67-07780, jul. 2003).



Assim, os fatores da crise e da transição no Direito do Trabalho ocasionaram recursos a técnicas de flexibilização, seja quanto ao modo de gerenciar, seja quanto ao modo de contratar e para tanto foi necessário adequar a lei e os princípios desse ramo do Direito. Além disso, foram instrumentos importantes para essa fase mais flexível do Direito do Trabalho o uso da negociação e os instrumentos da negociação coletiva. Para tanto, até mesmo a ordem jurídica, como dá exemplo a Constituição Federal nos incisos VI, XIII e XIV, do artigo 7º, teve que se adaptar.

Márcio Túlio Viana discorre sobre esse fenômeno, em que a negociação coletiva é apropriada por aqueles que detêm os modos de produção e como a ordem pública passa a coincidir com a ordem econômica, em mais um claro exemplo de que público e privado também aí se encontram fragmentados, assim como a própria qualificação dos interesses difusos que acabam se comportando como uma mescla entre o individual e o coletivo:

Uma das características dos novos tempos tem sido a apropriação de discursos da classe trabalhadora pela classe dominante. Longe de sinalizar, porém, para uma perfeita comunhão de ideias e ideais – de resto, impossível – esse fenômeno mostra ainda uma vez, e de forma curiosa, a mesma tendência à fragmentação. A ideologia se vale da força do discurso, parte-o ao meio e em seguida o recompõe ao seu modo.

Um bom exemplo é a negociação coletiva. Velha bandeira dos trabalhadores, agora é defendida com ardor crescente pela classe empresarial. Aliás, tornou-se tão importante que já não é vista como simples complemento da lei, mas virtualmente como a sua sucessora. O problema é a outra metade do discurso, que permanece oculta.

Ao defender a autonomia privada coletiva, ambos os atores sociais consideram – cada um a seu modo – a fragilização dos sindicatos profissionais, imposta não só pelo modelo econômico, mas por uma série de outros fatores – como as dimensões continentais do país, a baixa escolaridade e a falta de politização dos trabalhadores.

Mas exatamente por ser assim – e aí está a diferença – as lideranças dos trabalhadores não pedem apenas a adoção do pluralismo sindical, ou o fim da contribuição obrigatória. Lutam também por uma legislação que puna os atos antissindicais, facilite o ingresso do sindicato na empresa, imponha formas de cogestão, reduza a instabilidade no emprego e não reprima – direta ou indiretamente – a ação coletiva. Essa parte do discurso é minimizada ou simplesmente esquecida pelos ideólogos do neoliberalismo.

Por isso, quando falam em “negociação”, trabalhadores e empresários sonham coisas diferentes: aqueles tentam valorizar e fortalecer o sindicato, dando-lhe mais representatividade; estes se aproveitam de sua crise e apostam nela. Daí por que só os primeiros defendem mecanismos legais de suporte, enquanto os outros querem liberdade também aí.

Costuma-se dizer, com razão, que “é melhor flexibilizar com o sindicato do que sem ele”. Mas o problema é – mais uma vez – a outra metade do discurso: que tipo de flexibilização negociada será esta, se não se cuidar paralelamente de fortalecer a ação sindical? Sem isso, o tiro pode sair pela culatra: o sindicato não estará minimizando a precarização, mas ajudando a legitimá-la.

É que, como vimos (sic), o novo modelo quer fragmentar: é assim que ele tenta resolver a contradição da fábrica enquanto local de trabalho e (ao mesmo tempo) de fermentação coletiva. “Divide e impera!”, já dizia Maquiavel...

Esse dilema tem levado os sindicatos a escolhas pragmáticas, de circunstância, e muitas vezes contraditórias com o seu próprio ideário público. E isso até mesmo em países avançados, onde às vezes descartam o apoio a empregados precários para obter, em troca, a proteção do núcleo forte.

É interessante notar que a nova economia induz ao *difuso*, não ao *coletivo*, já que o difuso é uma espécie de *coletivo em pedaços*: pessoas unidas por interesses circunstanciais, com identidades dispersas.

Na verdade, o discurso pós-fordista se aproveita de uma realidade fordista que vai se tornando um mito: o de que a existência pura e simples do grupo é suficiente para equilibrar a balança. Infelizmente, as coisas já não são assim, e continuarão não sendo assim que se lhes acrescente um outro mito: o de que basta acabar com a unicidade, o “imposto” e o poder normativo para que os nossos sindicatos se tornem poderosos.

Outra observação importante é a de que está mudando a relação entre a lei e a convenção coletiva: se antes a lei a usava para se superar, hoje a utiliza para se diminuir; se sempre impôs um mínimo, agora chega a se preocupar com o máximo. A lei de ordem pública passa a se tornar disponível, em termos coletivos. Aliás, a própria ordem pública passa a ser econômica.<sup>13</sup>

Semelhante alerta é feito por Daniel Sarmiento, ao tratar da relativização entre espaço público e privado em países periféricos, como o Brasil, como se depreende do trecho abaixo, da obra de Alexandre Santos de Aragão:

Devemos, contudo, estar atentos às advertências feitas por aqueles que, como DANIEL SARMENTO, veem (sic) especiais riscos da relativização entre o espaço público e o privado em países que, como o nosso, integram a periferia econômica e social da comunidade global: “Se no Estado social o público avançara sobre o privado, agora ocorre o fenômeno inverso, com a privatização do público (...). Numa sociedade desigual como a brasileira, com baixo nível de mobilização política, onde o Estado sempre esteve privatizado, eis que instrumentalizado em prol de interesses privados das elites, o processo descrito encerra graves riscos. Teme-se que o Estado se torne flexível para alguns, mas que continue muito duro com os outros; que a Administração seja consensual para os que têm algum poder, mas imperativa e fria para os que não têm poder nenhum.

O risco parece mínimo em se tratando de servidores da União (cerca de 40% dos trabalhadores do Executivo possuem nível superior e 47,7 o nível intermediário<sup>14</sup>), pois há, na formação escolar melhor, uma pressuposição de maior capacidade de exercício dos direitos fundamentais, porém a questão ganha maior relevo se amplificado o exame para a diversidade da realidade de Estados federativos e municípios. Além disso, há uma ausência de cultura de participação

<sup>13</sup> VIANA, Márcio Túlio, em trabalho vencedor do Prêmio Orlando Teixeira da Costa, em concurso de monografias promovido pela ANAMATRA.

<sup>14</sup> Dados extraídos do site [www.servidor.gov.br](http://www.servidor.gov.br).

política que é tradicional no Brasil e que paulatinamente, após anos de abertura política, vem sendo reduzida. A institucionalização de canais de participação somente agora vem aparecendo<sup>15</sup>.

Outras críticas destacadas pelo mesmo autor, quanto à clivagem público-privado, são as destacadas em trecho abaixo:

Neste último sentido, é relevante trazer à tona a crítica feminista contra a dicotomia público/privado, que teria se prestado para manter a “falocracia” — dominação do homem sobre a mulher — em espaços como o lar, mesmo depois do advento do voto feminino na esfera pública. No mesmo diapasão, vale também recordar a objeção oriunda de diversas linhas de pensamento situadas à esquerda do espectro político, num arco que vai do movimento Critical Legal Studies, nos Estados Unidos, até o socialismo pós-moderno de Boaventura de Souza Santos, que, retomando um velho tema marxista, condenam a separação entre público e privado, nela identificando uma fórmula para imunização das relações econômicas “privadas” diante das possibilidades transformadoras contidas nos direitos fundamentais e na teoria democrática, usualmente confinados ao âmbito das relações “públicas”<sup>16</sup>.

De qualquer modo, haverá necessidade de retornar à questão quando do tratamento do “princípio da supremacia do interesse público”, adiante.

---

<sup>15</sup> Nisso há de se louvar a iniciativa do governo federal de institucionalizar, desde 2.003, as Mesas Nacionais de Negociação, a exemplo do que acontecia, anteriormente, com o SUS e em iniciativas de alguns Estados e Municípios.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel *in* SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público (colaboradores Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenbujm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier. Rio de Janeiro: editora Lúmen Júris, 2007. p.49 e 50.

## 2

### **Sociedade, Poder Político e Estado**

Além da dicotomia entre as esferas pública e privada, discussão que pode servir de empecilho à introdução da negociação coletiva entre servidor e Estado, pois o universo do trabalhador pode ser interpretado como referente aos interesses privados, individualizados, e não poderia ser levado a pauta quando em função estatal, deve-se perquirir a respeito das teorias que estudam as imbricações de sociedade, poder e Estado, estudando tais fenômenos não sob um prisma exclusivamente jurídico, mas também sociológico e político.

O estudo dos mecanismos de relacionamento entre Estado e sociedade desemboca, como não poderia deixar de ser, na própria conformação do Direito Administrativo, nos princípios e regras tradicionalmente imputados a esse ramo jurídico.

Desta maneira, do mesmo modo que a dicotomia público-privado é muito mais aparente que real, pois o campo de ação de um está em intercâmbio com o outro, conceitos como supremacia do interesse público e princípio de legalidade ou indisponibilidade do interesse público revelam, de modo implícito, a opção política adotada e, entre elas, não se descarta algum perfil autoritário e antidemocrático, inclusive, para justificar a adoção de determinado modo de produção.

As teorias que informam o surgimento e desenvolvimento das sociedades e, por consequência, o Estado, variam segundo fundamentos ligados ao determinismo ou à vontade de seus membros, porém, é inegável que os elementos que compõem a sociedade, ainda que expressamente não revelem, transparecem a opção por determinada finalidade na condução da ordem social e jurídica bem como o viés do poder político praticado.

Dalmo de Abreu Dallari sintetiza a opção por determinada finalidade ou valor

social na organização das sociedades quando discorre sobre a presença da adequação necessária à manifestação do conjunto de integrantes de certo meio societal.

Nas suas palavras,

A perda dessa noção de adequação tem levado, não raro, a desvios consideráveis, verificando-se, muitas vezes, que fatores momentâneos ou secundários, ou mesmo fatores relevantes, são considerados como únicos ou absolutamente preponderantes. E a exacerbação desse fator único acaba sendo, inevitavelmente, obstáculo à consecução do bem comum. Exemplos bem característicos dessa inadequação, no mundo contemporâneo, são a superexaltação da ordem, fazendo-se desta o fim social preponderante, com a sufocação de tendências e aspirações sociais, bem como a superexaltação dos fatores econômicos. Como foi bem ressaltado por HENRI LEFEBVRE, o homem contemporâneo, estimulado por uma série de circunstâncias, deu grande relevo às necessidades e aos interesses de natureza econômica, obtendo-se um extraordinário crescimento nessa área, praticamente em todo o mundo. Entretanto, para a obtenção desse resultado, vêm sendo deixados bem para trás setores inteiros da sociedade, constatando-se, então, que o crescimento, que é apenas o aumento das quantidades, não é acompanhado por um desenvolvimento, que exige melhora qualitativa. Em outras palavras, esse inegável crescimento econômico não é o produto da utilização adequada dos recursos sociais, no sentido do atendimento do bem comum, revelando-se, portanto, absolutamente inútil e, às vezes, até prejudicial para esse fim.<sup>17</sup>

## 2.1 Sociedade e Estado: breve estudo das teorias de suas formação

Embora não seja de todo certo asseverar que sociedade e Estado sejam sinônimos, é possível aduzir que até determinado momento histórico prevaleceu uma visão orgânica de constituição do Estado, de modo que o homem, desde que nascia, inexoravelmente nele se inseria como animal político e social<sup>18</sup>.

Tanto é assim que demoraram a surgir, como categorias próprias, as noções de Direito Público e Direito Privado, que praticamente se confundiam, pois o interesse privado acabava por irradiar-se na configuração da coisa pública, como se

<sup>17</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 32.

<sup>18</sup> Norberto Bobbio concentra essa ideia na seguinte afirmativa a respeito do Estado Grego (“polis”), dentre outras: “A relação entre sociedade política (que, isolada, é a *societas perfecta*) e as sociedades particulares é uma relação entre o todo e as partes, no qual o todo, o ente englobador, é a pólis, e as partes englobadas são a família e as associações. Em toda a tratadística política até Hegel inclusive, permanece constante esta relação entre o Estado e as sociedades menores ou parciais” (**Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 61).

o Estado funcionasse como uma extensão da família.

É factível, com tudo isso, delinear dois movimentos básicos para a agregação em organismos sociais, movimentos estes qualificáveis tanto como teorias informadoras da origem das sociedades como de formação do Estado.

Há teorias que relacionam a formação da sociedade a um fundamento natural, como em Aristóteles e São Tomás de Aquino, afirmando que o homem é um animal social e político por excelência e que há um impulso natural à união com seus semelhantes. A sociedade, desta forma, é um fato natural resultante de necessidade da existência humana e da obtenção de meios para prover-se, mas também de um impulso para a convivência, pois o indivíduo necessita da vida social. É, portanto, produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana<sup>19</sup>.

Outras teorias justificam a formação do meio social no contratualismo, em que a sociedade é produto hipotético de um acordo de vontades, isto é, não há um impulso associativo natural, porém é a vontade humana quem justifica a presença da sociedade. Entre os vários contratualistas, cada um dá uma tônica diversificada para a combinação de se agregar socialmente. Hobbes pontifica que a razão humana escolhe abandonar o estado da natureza porque este é primordialmente primitivo e selvagem. O homem ali vive sujeito ao medo, razão pela qual direciona-se à submissão a um poder social superior, pois é uma alternativa preferível ainda que houvesse um mau governo<sup>20</sup>.

Em Montesquieu, o estado da natureza, em que originariamente o ser humano estava, não consistia em um ambiente de selvageria e medo, de guerra de

<sup>19</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

<sup>20</sup> Dalmo Dallari expõe, segundo a teoria hobbesiana, o seguinte: “Disso tudo resulta o conceito de Estado como ‘uma pessoa de cujos atos se constitui em autora uma grande multidão, mediante pactos recíprocos de seus membros, com o fim de que essa pessoa possa empregar a força e os meios de todos, como julgar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns’. O titular dessa pessoa se denomina *soberano* e se diz que tem poder *soberano*, e cada um dos que o rodeiam é seu *súdito*.”

“Como fica evidente, além da afirmação da base contratual da sociedade e do Estado, encontra-se na obra de HOBBS uma clara sugestão ao absolutismo, sendo certo que suas ideias exerceram grande influência prática, tanto por seu prestígio pessoal junto à nobreza inglesa (tendo sido, inclusive, preceptor do futuro rei Carlos II da Inglaterra), como pela circunstância de que tais ideias ofereciam uma solução para os conflitos de autoridade, de ordem e de segurança, de grande intensidade no século XVII” (**Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 14).

todos contra todos, porém a paz vigorava como primeira lei natural. Contudo, apesar dela, a convivência em sociedade seria fruto da escolha humana, pois sozinho o indivíduo se sentiria fraco e inferiorizado. A vida em sociedade seria fruto das seguintes leis naturais: a) o desejo de paz; b) o sentimento das necessidades, experimentado principalmente na procura de alimentos; c) a atração natural entre os sexos opostos; d) o desejo de viver em sociedade, resultante da consciência que os homens têm de sua condição e de seu estado<sup>21</sup>.

Em Rousseau, a teoria contratualista ganha corpo e é diretamente influenciável nos movimentos reivindicatórios de direitos fundamentais das revoluções liberais burguesas e em outros posteriores ligados aos direitos humanos e à concepção de uma democracia representativa.

Segundo ele, o homem é bom no estado da natureza, mas ainda assim opta pela convivência social, pois sozinho apenas se preocupa com sua conservação e chega a um ponto em que os obstáculos que enfrenta reduzem suas forças, impossibilitando-o manter-se assim. É levado, portanto, a “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado, de qualquer força comum; e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando, assim, tão livre como dantes”<sup>22</sup>.

Em sociedade, o homem é levado a alienar seus direitos e “produz um corpo moral e coletivo, que é o *Estado*, (...) mero executor de decisões, sendo o *soberano* quando exercita um poder de decisão”<sup>23</sup>.

A noção de soberania, como poder supremo, deixou de estar, como em Hobbes, condicionada na pessoa do soberano, que detinha a legitimidade por uma doutrina própria, para residir diretamente no povo, concentrando a fundamentação da autonomia e liberdade individuais como fonte do poder político e criando espaço, portanto, para o conceito de democracia como a forma de governo em que muitos deliberam.

---

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 15-16.

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*, p. 17.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

Rousseau preservou, na fórmula que elaborou, a liberdade e a igualdade do homem, eis que cada um manteria a liberdade de expressar sua vontade própria, a qual, em associação, resultaria na vontade geral, produto da síntese da expressão igualitária de todos. A vontade geral não implicaria a simples soma das vontades individuais, mas configuraria uma síntese delas e redundaria na utilidade pública.

Posteriormente, a concepção filosófica de Rousseau acabou por enfrentar degenerescências de ordem prática que levaram a uma crise de representatividade que colocou em xeque, dentre outros fatores, o princípio da legalidade. No entanto, é inegável que deixou uma porta aberta para várias ideias ligadas à democracia, como a “afirmação da predominância da vontade popular, com o reconhecimento de uma liberdade natural e com a busca de igualdade, que se reflete, inclusive, na aceitação da vontade da maioria como critério para obrigar o todo, o que só se justifica se for acolhido o princípio de que todos os homens são iguais”<sup>24</sup>.

É plausível argumentar que as duas concepções teóricas sobre a formação da sociedade e do Estado, uma em que o homem naturalmente nestes se insere e que reflete uma visão organicista, e outra em que prevalece a perspectiva da vontade individual e autônoma como modo determinante da sociedade, aparecem de várias formas ao longo da história da humanidade.

Há uma força social condicionante, fruto de produtos históricos e culturais, que tende a englobar o indivíduo, mas, de outra parte, existe, igualmente, um viés de autodeterminação pessoal, capaz de modificar seu meio e as instituições de seu tempo<sup>25</sup>.

Normalmente, em um raciocínio simplificado se poderiam identificar tais forças com o Estado intervencionista e a sociedade civil liberal. Esta

---

<sup>24</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 18.

<sup>25</sup> Dalmo Dallari, de certa maneira, também trata disso quando indaga sobre o elemento “finalidade social” na composição das sociedades. Na medida em que se debruça a saber se existe uma orientação finalística da sociedade, se ela cumpre uma finalidade, um objetivo definível, chega a fundamentos deterministas, em que o homem voluntariamente se submete a leis inexoráveis em um determinismo social, e a teorias finalistas, indicadoras de que as sociedades buscam cumprir o bem comum, isto é, criar condições que permitam a consecução dos fins particulares, sem excluir a preocupação com cada um de seus integrantes. Quanto aos fundamentos deterministas, o autor conclui que é contraditório com a consciência de liberdade, reduzida em intensidade. Além do mais, o determinismo social encobre uma resistência negativa a mudanças e a novidades imprevistas, e o desejo de subjugar ou ser subjugado (**Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 22-23).



tradicionalmente como sinônimo do domínio da autonomia privada, da liberdade e da igualdade, e aquele do condicionamento imposto e preexistente à atuação social.

Porém, sob outro paradigma, é o Estado, dotado de finalidade e planejamento, quem se capacita para direcionar a sociedade em certo sentido com intenção transformadora, enquanto o livre curso das forças de mercado acabaria por anular a verdadeira autonomia, que restaria condicionada pelas contingências. O estado de natureza, na doutrina contratualista, não tenderia a permanecer na sociedade civil, pois ou conduziria ao medo, ou à fraqueza e instabilidade. Não há como negar que a instabilidade na relação capital e trabalho e a postura omissiva do Estado Liberal de então provocaram, em grande parte, o surgimento do intervencionismo e a criação do Estado do bem-estar, numa fase subsequente.

Rousseau, ao seu tempo, fez a ponte entre o todo e a parte, reunindo no indivíduo o poder de influir no corpo social maior, que é o Estado. Isto é, a parte é capaz de repercutir no todo, orquestrando um escopo comum a ser perseguido.

No entanto, um legítimo contrato social, nos tempos hodiernos, tem que levar em consideração a complexidade da dinâmica em que a sociedade civil e o mercado produziram uma série de corpos intermediários, a exemplo de sindicatos, organizações não governamentais e outros, pelos quais a decisão concertada com a sociedade não é efeito apenas da igualdade formalmente considerada, mas tem o peso das desigualdades e das múltiplas realidades locais, regionais e global.

Nos dizeres de Boaventura de Souza Santos,

A construção de um novo contrato social trata-se de um contrato bastante diferente do da modernidade. É antes de mais nada um contrato muito mais inclusivo porque deve abranger não apenas o homem e os grupos sociais, mas também a natureza. Em segundo lugar, é mais conflitual porque a inclusão se dá tanto por critérios de igualdade, como por critérios de diferença. Em terceiro lugar, sendo certo que o objetivo último do contrato é reconstruir o espaço-tempo da deliberação democrática, este, ao contrário do que sucedeu no contrato social moderno, não pode confinar-se ao espaço-tempo nacional, estatal e deve incluir igualmente os espaços-tempos local, regional e global. Por último, o novo contrato não está assente em distinções rígidas entre Estado e sociedade civil, entre economia, política e cultura, entre o público e privado. A deliberação democrática, enquanto exigência cosmopolita, não tem sede própria, nem uma

materialidade institucional específica<sup>26</sup>.

Interessante é a exposição de Daniel Sarmento a respeito de duas categorias de teoria moral sobre o interesse público (e que podem muito bem ser transpostas para o modo de conformação da sociedade e do Estado) e a solução encontrada pelo personalismo.

Há as teorias do organicismo (ou holismo) e do utilitarismo<sup>27</sup>. Pela primeira, o interesse público é algo diferente do somatório simples dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política, no que conduz ao pensamento de que a vontade geral, em Rousseau, também se enquadraria em uma espécie de organicismo (Norberto Bobbio, aliás, menciona que um Estado sob inspiração organicista persiste até Hegel, ou seja, obviamente, passa pelos contratualistas, inclusive Rousseau).

No organicismo as comunidades políticas formam um “todo vivo” e possuem fins, valores e objetivos próprios que ultrapassam os de seus integrantes.

A doutrina de Aristóteles seria exemplo da concepção de um organicismo antigo, no qual se reconhecia a desigualdade intrínseca entre as pessoas, assim como ocorre com os diferentes órgãos do corpo humano, representando diferentes funções e o “bem comum fornecia a justificativa para tratamentos desiguais, dispensados a indivíduos pertencentes a estamentos diferentes da sociedade”<sup>28</sup>.

Em Hegel, a ideia do organicismo é repetida, sob uma roupagem moderna, em que não aparece o traço desigualitário, mas, da mesma maneira, não se despoja da visão do indivíduo como parte do todo.

Daniel Sarmento efetua críticas à ideia do organicismo. E isso porque o

---

<sup>26</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. In LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 152.

<sup>27</sup> O autor menciona também o individualismo, após chegar à conclusão de que tanto o organicismo quanto o utilitarismo, em última instância, refletem uma visão institucionalizadora da sociedade.

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público** (colaboradores Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 54.

indivíduo, “apesar de seu natural impulso gregário, é muito mais que um órgão dentro de um todo maior”. A dignidade da pessoa fica reduzida numa concepção social organicista, onde o indivíduo é visto como meio e não como fim, e a vida humana é simplificada na sua dimensão pública, com objeção à persecução do que é próprio de cada indivíduo e autônomo em relação à comunidade política. É uma visão que desrespeita o pluralismo, configura um perigo à sociedade e se incompatibiliza com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o ideário do Estado Democrático de Direito<sup>29</sup>.

A partir daí passa a analisar o utilitarismo, segundo a qual “a melhor solução para cada problema político-social é sempre aquela apta a promover em maior escala os interesses dos membros da sociedade”. O interesse público confunde-se com os interesses particulares dos membros de uma comunidade política, sob um prisma quantitativo<sup>30</sup>. Configuraria, portanto, uma fórmula que maximizasse os interesses dos integrantes da sociedade e não partiria de uma suposição da existência de qualquer organismo coletivo axiologicamente superior aos indivíduos, com reconhecimento da igualdade intrínseca entre as pessoas. “O melhor caminho a ser seguido em cada caso será aquele que promover, em maior escala, o bem-estar, o prazer, a felicidade ou as preferências racionais do maior número de pessoas”<sup>31</sup>.

O utilitarismo seria, neste sentido, uma concepção ética consequencialista, “porque o juízo sobre um determinado ato depende não da sua conformidade com princípios morais anteriores, mas das consequências que ele produzirá sobre interesses dos membros da sociedade”.

Entretanto, justamente aí residiriam os perigos do utilitarismo, nas suas duas versões (utilitarismo dos atos e utilitarismo das normas), pois apesar de valorizar a

---

<sup>29</sup> **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 56-58.

<sup>30</sup> Vale repetir a nota de rodapé 75 (**Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 60): “A questão aqui não é apenas quantitativa e relativa ao número de pessoas cujos interesses serão sacrificados ou promovidos em cada escolha. Na verdade, a maioria das concepções utilitaristas leva em consideração também a intensidade dos interesses para cada indivíduo, além dos dados quantitativos. Portanto, na moldura da teoria utilitarista, é possível sacrificar interesses ‘fracos’, digamos, com ‘peso 2’, de 4 pessoas, em proveito de um interesse “forte” de uma única pessoa, ao qual se atribua, por exemplo, um peso 10. Isto não decorre de qualquer viés desigualitário no utilitarismo, mas do reconhecimento que nem todos os interesses que as pessoas têm possuem para elas as mesmas importâncias”.

<sup>31</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público** cit., p. 60.

vontade individual a resume a um jogo numérico que, muitas vezes, pode desprezar direitos fundamentais das pessoas que estão em minoria. O autor cita o exemplo das minorias étnicas ou religiosas, as quais correriam riscos pela contagem exclusiva pelo número de interesses majoritários.

A crítica efetuada é a de que os direitos fundamentais se sujeitariam a critérios variáveis de maximização da felicidade e do bem-estar geral. Não haveria um reconhecimento prévio da dignidade intrínseca do indivíduo. Ao final, também o utilitarismo resvalaria para um tipo de organicismo em que as pessoas seriam partes em um todo, sem relevância à independência. Ocorreria, outrossim, flagrante incompatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro.

Numa visão simplificada, o mercado seguiria a concepção individualista, em que valeriam os interesses que tivessem maior peso e número, ainda que necessário sacrificar utilidades reputadas de menor importância, enquanto o Estado adotaria uma visão orgânica, de persecução do bem comum como conceito superior e impassível de ser confrontado com as realidades particulares.

Os dois, no entanto, comportam-se em uma perspectiva orgânica, eis que desconsideram a individualidade e os direitos fundamentais.

A solução encontrada pelo autor, a do personalismo, pode ser traduzida também pela observância estrita, por quaisquer sujeitos das sociedades, sejam eles Estados, pessoas naturais ou outras dotadas de personalidade jurídica, à normatividade que é irradiada pelo ordenamento jurídico como um todo composto de princípios gerais, constitucionais e regras. Ou seja, o ordenamento jurídico, centrado, principalmente, na irradiação de valores escolhidos na Constituição Federal.

A normatividade objeto de escolha constitucional no diploma de 1988 é centrada no indivíduo como agente autônomo transformador, porém, em vários momentos, abre-se ao comunitarismo. Como nenhum direito é absoluto, a prevalência entre um e outro ocorre na análise concreta dos fatos, segundo os postulados constitucionais e técnicas interpretativas e mediante ponderação de

interesses.

Impossível, conseqüentemente, conceber, de antemão, uma posição do Estado e da sociedade que influísse na apreciação das questões de interesse. Todos estão sob efeito da ordem jurídica.

Antes de adentrar, porém, nas minúcias do personalismo, releva apontar que, na visão do autor em comentário, contrariamente à oposição entre utilitarismo e organicismo como pertencentes, cada um, a esferas divergentes do público e do privado, é o individualismo quem revela, mais propriamente, uma visão competitiva atinente ao mundo do mercado e, portanto, se encaixa com mais justeza a uma cosmovisão privatística:

O individualismo foi a filosofia subjacente ao Estado Liberal-Burguês, que floresceu na Europa e nos Estados Unidos no século XIX e na fase inicial do século XX, e que no presente, dentro da crise do Estado Social, está experimentando um certo *revival*, pelas mãos do pensamento neoliberal. Baseia-se ele numa concepção atomizada da sociedade, que relega a um papel secundário os laços de solidariedade e os interesses comuns compartilhados pelas pessoas no meio social. Esta era a ideia que se deixava entrever nas constituições, e, sobretudo, nos códigos civis do passado, que, como já se disse no item precedente, desempenhavam papel verdadeiramente constitucional no Estado Liberal.

Os indivíduos eram vistos como abstrações incorpóreas; como verdadeiras “vontades ambulantes”, que não tinham carências materiais, não sentiam fome nem frio. Iguais perante a lei, eles eram sujeitos de direito que, através da sua vontade livre, celebravam contratos e faziam circular a riqueza na sociedade. A ordem jurídica liberal-burguesa cerrava seus olhos para os constrangimentos de fato à autonomia individual, decorrentes da hipossuficiência econômica e da desigualdade de poder presentes na sociedade. Embora, com a abolição dos privilégios do Antigo Regime e o fim da escravidão, fossem todos os indivíduos dotados de personalidade jurídica, o evidente protagonista do sistema era o burguês, porque só ele possuía propriedades; só ele tinha bens para proteger e comprometer através do contrato. Naquele contexto, o papel essencial do Direito Público era o de limitar o Estado, impedindo que perturbasse a fruição das liberdades individuais e interferisse no funcionamento do mercado, e o do Direito Privado era garantir as regras do jogo, o que ele fazia assentando toda a sua estrutura sobre dois grandes pilares: propriedade e contrato – ambos vistos como expressões necessárias da autonomia individual.<sup>32</sup>

O individualismo, pelo engrandecimento da competição, e não da cooperação, propiciava prosperidade exclusivamente aos mais aptos, redundando no que se

---

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 65-66.

pode chamar de darwinismo social, e a existência do Estado somente justificava-se para a garantia de defesa de direitos naturais preexistentes, especialmente aqueles que, na quadra atual, são catalogáveis como de primeira dimensão.

Os direitos fundamentais ou os direitos humanos, para quem diferencie uns dos outros pelo modo de acolhida na ordem jurídico nacional, não são uma tábua estática. São um construído. Uma sociedade tendente à evolução não pode se pautar somente por uma espécie de direitos, notadamente quando se dá conta da exigência de uma igualização de fundo.

Vale a pena transcrever, a respeito do aspecto histórico e evolutivo dos direitos humanos, o pensamento de Flávia Piovesan:

Na condição de reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, neste sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana.<sup>33</sup>

A partir daí é passível argumentar que a sociedade hoje não mais se pauta por valores isolados, mas se abriu também à cooperação e à solidariedade e na necessidade de garantia e promoção de condições reais de igualdade, superando a visão estreita de que somente na omissão estatal há fluência de liberdade.

Nesta ordem de ideias, de acordo com Daniel Sarmento, houve pela Constituição de 1988 a instauração de uma nova ordem de sociedade e também de Estado<sup>34</sup>, com nítida preferência sobre valores que cumulam autonomia individual e

<sup>33</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7-8.

<sup>34</sup> Não se está aqui a preconizar que o Estado se resume a ordenamento jurídico, como na teoria kelseniana, notadamente porque a teoria pura de Kelsen concentra-se em um sistema fechado e hoje há uma concordância majoritária de que o sistema jurídico não se resume às normas, sendo informado por princípios e outros condicionamentos (citando o tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, o sistema é composto de normas,

cooperação. Sendo uma nova Constituição aquela que instaura uma nova concepção de indivíduos, sociedade e Estado, bem como que define o relacionamento desses entes, ou seja, na configuração do poder político ou social, o que importa, em suma, é saber como a normatividade se comporta em relação a esses elementos, pois é a Carta Política constitucional que dá o tom da cosmovisão prevalecente.

A Constituição brasileira tem opção definida e clara pelo personalismo, consistente numa mescla entre o particular e o espaço coletivo. Nos dizeres de Daniel Sarmento:

Na Constituição brasileira, a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre os direitos patrimoniais dos particulares. A solidariedade também deixa de ser apenas uma virtude altruística, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais. E a própria liberdade não é relegada a um segundo plano, mas, ao contrário, vê-se enriquecida por preocupações mais realistas e menos metafísicas. Ela deixa de ser vista como um dado a priori, convertendo-se num objetivo, cuja prossecução depende, na prática, da garantia para os excluídos das condições materiais de liberdade, que podem ser identificadas com o que a doutrina vem chamando de “mínimo existencial”. E o seu foco se amplia, diante do reconhecimento de que a pessoa humana deve ser livre não apenas da opressão exercida pelo Estado, mas também daquela presente nas múltiplas instâncias da própria sociedade, e que a intervenção estatal nestas instâncias faz-se muitas vezes em favor da liberdade, e não contra ela.

Portanto, a visão individualista, que atribuía primazia incondicional aos direitos individuais sobre os interesses coletivos, não se sustenta na ordem constitucional brasileira. Esta, na verdade, lastreia-se sobre uma visão personalista, que continua vendo na pessoa humana, e não no Estado, “a medida de todas as coisas” – de acordo com a célebre máxima de Protágoras –, mas enxerga na pessoa humana não uma razão desencarnada, mas um ser concreto, situado, com necessidades materiais, carências, fragilidades. Esta nova perspectiva enjeita a crença de que o Estado seja o adversário, por excelência, dos direitos humanos. Embora continue sendo essencial proteger as pessoas do arbítrio do Estado, os poderes públicos são agora concebidos como responsáveis pela promoção e defesa dos direitos fundamentais, diante dos perigos que rondam as pessoas na própria sociedade. Isto justificará uma ingerência estatal muito mais profunda e extensa em questões que, para o ideário do liberalismo clássico, pertenciam com exclusividade à sociedade civil.

E, mais adiante, conclui:

---

fatos e valores).

... Daí a diferença essencial entre o personalismo e o organicismo: enquanto, para aquele, a autonomia individual é salvaguardada e fomentada, reconhecendo-se em cada mulher ou homem um ser racional e responsável, com a competência moral necessária para escolher o norte da própria existência, para este último, as vidas humanas podem e devem ser planejadas “de cima para baixo”, para que se ajustem a objetivos sociais prefigurados. O personalismo parte de uma visão mais realista da autonomia do que o individualismo clássico, pois reconhece que os múltiplos obstáculos materiais para o seu exercício, que devem ser removidos, com o auxílio do Estado, para que a liberdade saia do plano metafísico e ganhe concretude na vida de seres humanos de carne e osso. Mas, diferentemente do organicismo, ele se norteia pelo profundo respeito a esta autonomia individual, recusando-se a instrumentalizá-la em proveito de objetivos particulares.

Ainda:

Portanto, o personalismo latente na Constituição de 88 afasta-se tanto do organicismo e do utilitarismo, como do individualismo burguês. Ele não corresponde nem ao modelo “puro” do liberalismo, nem à fórmula padrão do comunitarismo<sup>35</sup>, localizando-se em algum ponto entre estes extremos. O personalismo afirma a primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária, e reconhece no indivíduo a capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida. Mas não adota uma leitura abstrata e metafísica da pessoa, pressupondo, ao contrário, tanto a existência de carências humanas materiais – que devem ser superadas com o apoio estatal – como a importância dos vínculos sociais na constituição da própria personalidade. Para o personalismo, é absurdo falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mas também não é correto atribuir-se primazia incondicionada aos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade...<sup>36</sup>

## 2.2 Os elementos componentes das sociedades

Para Dalmo Dallari, as sociedades são constituídas por três elementos, por mais diversas que sejam suas características: finalidade ou valor social, manifestações de conjunto ordenadas e o poder social.

A primeira característica foi basicamente exposta no item anterior, pois trata

---

<sup>35</sup> O mesmo autor expõe, ainda, a divisão moderna entre liberais e comunitaristas. Tantos uns como outros, parece, refletem o que, no fundo, se expôs no transcórre deste item, qual seja, o de que nem uma concepção de vida baseada em um contrato social puro, com a autonomia individual em preponderância, nem uma concepção de vida sujeita a um determinismo podem ser corretas. O Estado e a sociedade conjugam fatores históricos e culturais com metas, objetivos e valores a perseguir, ou seja, há uma finalidade a orientar a manifestação individual da vontade no corpo social.

<sup>36</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público** (colaboradores Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 78-79.



de saber se a sociedade tem uma prévia orientação finalística na condução de seus interesses ou se sofre um determinismo social, dependente de leis inexoráveis. A questão, embora não posta exatamente nestes termos pelo professor Dallari, permite associações como as diferentes, e normalmente bilaterais, posições sobre a concepção da sociedade.

Como concluído anteriormente, o Estado e a sociedade na atual conformação constitucional estão atrelados a uma normatividade própria, que conjuga valores comunitários e preserva a dignidade humana. Não há uma liberdade irrestrita do indivíduo, mas é preservada a sua dignidade na medida em que se lhe assegura participação e cooperação. Obviamente que, transportada para a realidade interna da Administração, isso permite obter soluções mediante decisões concertadas.

A segunda característica refere-se à maneira como se ordena a sociedade, eis que “é evidente que o simples agrupamento de pessoas, com uma finalidade comum a ser atingida, não seria suficiente para assegurar a consecução do objetivo almejado, sendo indispensável que os componentes da sociedade passem a se manifestar em conjunto, sempre visando àquele fim”<sup>37</sup>. Há a necessidade de se assegurar manifestações em um determinado sentido, mediante uma ação harmônica que preserve a liberdade de todos. Para que isto vá a cabo eficazmente são pressupostos três requisitos: reiteração, ordem e adequação.

Reiteração e adequação estão diretamente relacionadas com mecanismos de participação democrática e ordem à interação entre as leis sociais e a liberdade individual.

Por reiteração entende-se a exigência de que os membros da sociedade manifestem em conjunto repetidamente, pois somente desta forma o todo social terá condições de atingir seus objetivos. O autor elucida:

A necessidade de manifestações de conjunto não significa, obviamente, que todos os membros da sociedade devam estar reunidos, num só local e ao mesmo tempo, a fim de que sejam praticados os atos exigidos pela busca de sua finalidade. Tais atos podem ser simples, praticados por um só indivíduo ou num determinado momento, como podem ser complexos,

---

<sup>37</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

exigindo a participação de muitos indivíduos ou grupos sociais, podendo ainda ser a resultante de um conjunto de atos concomitantes ou sucessivos.<sup>38</sup>

Obviamente, quanto mais houver membros envolvidos na manifestação e quanto maior for sua possibilidade, mais aumentará o grau de eficácia e legitimidade, na medida em que o reconhecimento social dos canais de deliberação facilita a observância das decisões pelos seus destinatários. Aproximar emissores e destinatários, portanto, enriquece o diálogo.

Relativamente à ordem, deve-se observar que assim como a natureza sofre a ação de leis naturais, sujeitas à causalidade, o meio social é pautado por leis éticas que se referem ao agir humano. O mundo ético compreende normas de comportamento social, como a moral, regras de etiqueta e convivência social e as regras jurídicas. Todas elas, diferentemente das leis naturais, obedecem ao princípio da imputação, pois não necessariamente de uma condição “A” a resultante será uma condição “B”<sup>39</sup>. Na ordem humana uma primeira condição “A” pode, ou não, gerar uma consequência “B”. No princípio da imputação, que rege o mundo ético, a consequência é um “dever ser”, pois depende também da vontade do sujeito ou até mesmo de atos sucedentes que podem não se verificar (“É o que acontece, por exemplo, quando se diz que aquele que rouba deve ser preso. Verificada a condição, que é a prática do roubo, deve acarretar uma consequência, que é a prisão de quem o praticou. É possível, entretanto, que haja a interferência de um

---

<sup>38</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 26.

<sup>39</sup> Interessante repetir a nota 26, à página 28, do livro em comentário, a respeito da visão de Goffredo Telles Jr.: “sobre a diferença entre Mundo Ético e Mundo Físico e a conseqüente (sic) necessidade de se reconhecer que há leis de natureza diferente aplicáveis a cada uma, é curiosa a evolução do pensamento de GOFFREDO TELLES JR., o notável mestre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em sua obra, **A Criação do Direito**, escrita em 1953, depois de estudar minuciosamente o assunto, expressa ele a seguinte conclusão: ‘Diante do que ficou explicado, verifica-se que a ciência chegou a duas conclusões, que parecem definitivas e que podem ser resumidas nos seguintes termos: 1. é impossível reduzir toda a vida psíquica do homem a atividades físicas, o que implica reconhecer que algo há no homem que não é matéria e que, portanto, não se acha sujeito às leis físicas’ (v. I, p. 136). Posteriormente, na obra **O Direito Quântico**, escrita em 1971, revelando que seu pensamento não se acomodou a conclusões que a ciência consagrara, retoma corajosamente o assunto, analisa-o à luz de novos elementos revelados pela ciência, e firma a surpreendente conclusão: ‘A revelação científica de como se comportam as partículas no âmago da matéria invalida conceitos clássicos, que pareciam definitivos, sobre a divisão do Universo em Mundo Físico e Mundo Ético. O Mundo Ético não é um mundo de natureza especial, mas um estágio da natureza única. A unidade da Substância Universal se manifesta em todas as coisas. Todas as coisas pertencem a um só todo, a Um Todo harmônico e ordenado. As estrelas, as micropartículas e o homem são participantes da mesma Sociedade Cósmica (p. 162)’. Ou seja, rigorosamente e elástico as discussões até aqui expendidas, a visão de Goffredo Telles Jr., como por último enfocada, redundaria, paradoxalmente ao que se expôs até agora, num organicismo. Porém, pensa-se mais fácil resolver atribuir que a diversidade se encontra no mundo físico e social e que macro e micro são passíveis de conviverem e se autorrefletem.

fator humano ou natural e que a consequência não se verifique”<sup>40</sup>).

No mundo ético há de se diferenciar as regras jurídicas, dotadas de bilateralidade e que são imperativo-atributivas, das morais e de convivência social. As normas jurídicas são bilaterais porque pressupõem uma relação de direitos e deveres, enquanto as demais não estabelecem um relacionamento. Além disso, apenas as normas jurídicas não só impõem comportamentos, mas também “atribuem ao prejudicado ou a terceiro a faculdade de exigir o seu cumprimento ou a punição do ofensor”<sup>41</sup>.

A ordem social jurídica, como pressuposto das manifestações articuladas em conjunto, quer dizer que as manifestações são produzidas em harmonia para que se possa atuar em prol do bem comum. Essa ordem, sob a regência de leis sujeitas ao princípio da imputação, não exclui a vontade e a liberdade, pois todos, em última instância, contribuem para a escolha de normas de comportamento e tem a possibilidade de optar entre o cumprimento ou o recebimento da punição prevista para a desobediência.

Terceiro pressuposto das manifestações em conjunto é a ocorrência de adequação.

Não bastam os atos reiterados da sociedade em certo sentido ou a ocorrência de uma ordem jurídica dotada de imperatividade e atributividade, criadora de relacionamentos, em tese, é necessário que haja uma conjugação de um e outro para que se atinja a finalidade.

Cada indivíduo ou grupo, e mesmo a própria sociedade, devem combinar seus esforços para atingir o bem comum.

Entretanto,

para que seja assegurada a permanente adequação é indispensável que não se impeça a livre manifestação e a expansão das tendências e

---

<sup>40</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 28.

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*.

aspirações dos membros da sociedade. Os próprios componentes da sociedade é que devem orientar suas ações no sentido do que consideram o seu bem comum. Além disso, devem-se ter em conta duas características da realidade social, muito bem sintetizadas por HELLER: a) não existe qualquer realidade social totalmente desligada da natureza, como não existe, onde houver uma sociedade humana, qualquer natureza não submetida a fatores histórico-culturais; b) a realidade social é um todo complexo, resultante de fatores históricos, inerentes à natureza dos indivíduos, e de fatores ocasionados pela atividade voluntária do homem.<sup>42</sup>

Embora não tenha sido exposto desta forma pelo professor Dalmo Dallari, é possível intuir nesse pressuposto uma carga de dinamismo, que confere à sociedade adaptação e atualização. Ao mesmo tempo, está nele presente um conceito de pluralismo, pois leva em conta a complexidade social e a responsabilidade de todos em manter-se afinados com os propósitos privilegiados pela ordem jurídica.

O autor não falou, mas pode-se depreender daí a responsabilidade do conjunto de integrantes de uma sociedade sobre a efetivação dos valores maiores escolhidos pela ordem jurídica adotada, ponderando-os ante aos fatos. Em nível de direitos fundamentais, já que nossa Constituição adotou, como ressaltado, a dignificação da personalidade humana, a todos é atribuída a horizontalidade na eficácia de direitos e valores de tal ordem, assim como todos, e não somente o Judiciário, são responsabilizados pela tarefa criativa e renovatória do Direito.

Neste sentido, valem as ideias de Häberle de que não existe norma jurídica, senão a norma jurídica interpretada:

Verdadeiro marco a respeito da interpretação operada em níveis diversos tradicionalmente aceitos foi a obra de Peter Häberle, "Hermenêutica Constitucional", em cujo subtítulo lê-se: "A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Gilmar Mendes Ferreira, em apresentação da obra, sintetiza-a: "Esta concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (Vorinterpretieren) do complexo normativo constitucional.

...São palavras de Häberle, que merecem transcrição por muito bem

---

<sup>42</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 31.

enfrentar, o autor, a questão dos intérpretes da Constituição: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado como *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. E assim justifica sua tese o jurista alemão: quem vive a norma acaba, de alguma forma, por interpretar ou, pelo menos, por cointerpretar essa norma.<sup>43</sup>

Häberle constata que a Constituição, em sua materialidade, não depende da interpretação constitucional judicial, especialmente porque a maior parte dos casos não requer a aplicação das instâncias judiciais. No fundo, como a normatividade constitucional irradia eficácia sobre todo o ordenamento jurídico, a ponto de vários ramos do Direito terem sofrido um processo de “constitucionalização”, a própria sociedade se habilita como intérprete e garante da eficácia normativo-constitucional.

Ante o perigo da perda de unidade constitucional pela ampliação excessiva dos intérpretes constitucionais o pensador alemão conclui que a unidade da Constituição resulta naturalmente da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes:

Nesse sentido, os intérpretes compõem essa realidade pluralista, na medida em que reconhecem que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada. Acrescenta Häberle que: “quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida da Constituição enquanto processo público (Verfassung als öffentlichen Prozess). Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao “concerto” que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.<sup>44</sup>

À questão da adequação, como terceiro pressuposto das manifestações em conjunto, é importante que seja acrescentada a harmonização com a finalidade. Ganha relevo na regência dos atos, relações e decisões variadas da sociedade pautarem-se seus integrantes segundo o prisma constitucional estabelecido, enaltecendo seus valores e princípios:

<sup>43</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002. p. 137.

<sup>44</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**, cit., p. 141.

A perda dessa noção de adequação tem levado, não raro, a desvios consideráveis, verificando-se, muitas vezes, que fatores momentâneos ou secundários, ou mesmo fatores relevantes, são considerados como únicos ou absolutamente preponderantes. E a exacerbação desse fator único acaba sendo, inevitavelmente, um obstáculo à consecução do bem comum. Exemplos bem característicos dessa inadequação, no mundo contemporâneo, são a superexaltação da ordem, fazendo-se desta o fim social preponderante, com a sufocação de tendências e aspirações sociais, bem como a superexaltação dos fatores econômicos. Como foi muito bem ressaltado por HENRI LEFEBVRE, o homem contemporâneo, estimulado por uma série de circunstâncias, deu grande relevo às necessidades e aos interesses de natureza econômica, obtendo-se um extraordinário crescimento nessa área, praticamente em todo o mundo. Entretanto, para a obtenção desse resultado, vêm sendo deixados bem pra trás setores inteiros da sociedade, constatando-se, então, que o crescimento, que é apenas o aumento das quantidades, não é acompanhado por um desenvolvimento, que exige melhoria qualitativa. Em outras palavras, esse inegável crescimento econômico não é o produto da utilização adequada dos recursos sociais, no sentido do atendimento do bem comum, revelando-se, portanto, absolutamente inútil e, às vezes, até prejudicial para esse fim.<sup>45</sup>

Como terceiro elemento constitutivo da sociedade está o poder social, que pode ser lido também como poder político. É, talvez, o mais complexo de se tratar, porque consiste mais precisamente naquele elemento capaz de impor a harmonização na multiplicidade de fatores que compõem a realidade.

Foi dito que a sociedade comumente se orienta pelo bem comum e para tanto é necessária manifestação conjunta, mediante atos reiterados, ordem social e jurídica, e adequação que garanta o aspecto dinâmico.

A adequação, como pugnado (embora não dito por Dalmo Dallari), não é tarefa exclusiva de algumas instâncias institucionalizadas, mas de toda a sociedade em conjunto.

Porém, ainda assim, fica a pergunta se é possível a reunião de todos os elementos constitutivos da sociedade em harmonia espontaneamente ou se deve haver um elemento capacitado a impor essa harmonização? Se existente esse elemento, não há risco de perda da liberdade humana e, conseqüentemente, o bem comum (posto que é definido por fatores determinantes acompanhados da autonomia individual)? Ainda, qual o critério de legitimidade e fundamentação desse

---

<sup>45</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 32.

elemento de natureza coativa?

O último elemento componente das sociedades, então, é o poder social ou político e será tratado no próximo capítulo.

### 3

## **O poder político e sua fundamentação**

Dalmo Dallari coloca o problema do poder como o mais importante para o estudo da organização e funcionamento da sociedade, ocupando espaço nuclear nos estudos sociais, para muitos.

Suas características são: (1) a socialidade, pois é um fenômeno social, não explicável somente por fatores individuais; (2) a bilateralidade, pois correlação de duas ou mais vontades, com uma em estado de predomínio. Para existir, o poder necessita de vontades submetidas. Pode ser considerado sob dois aspectos: o da relação, quando se analisa a posição dos que nele intervêm e o do processo, como estudo da dinâmica do poder.

Uma das discussões mais importantes a respeito do poder é a relativa a sua necessidade ou desnecessidade, o que tangencia considerações sobre a legitimidade e legalidade. Também estão aí embutidas ponderações sobre o Estado como mal necessário ou um mal não necessário, e as diversas teorias a respeito do poder.

Uma primeira ideia que se pode introduzir é saber o que é Estado exatamente, ou, melhor especificando, em que momento uma sociedade qualquer se transforma em Estado.

A noção atual de Estado foi aquela posta no início da idade moderna, quando o poder político foi centralizado na pessoa do soberano, o qual, obviamente, era dotado de soberania, ou seja, o poder supremo, do qual derivava a força coativa. O conceito prevaiente de Estado passa a ser, portanto, o daquele que detém a legitimidade da violência e da coatividade e, para tanto, justificava-se, a princípio, pela origem divina do poder real.



No entanto, mesmo antes da Idade Moderna, na Antiguidade Clássica, por exemplo, havia um poder organizado. Nas cidades-estado gregas ocorria uma unidade de constituição e foi desenvolvida uma tipologia de formas de governo que persistiu na consciência coletiva ulterior.

Na idade média, apesar da fragmentação e concorrência de fontes de poder, especialmente pela divisão dos poderes em secular e temporal, que frequentemente competiam entre si, existia um poder que era o único autorizado a exercer a força em última instância, para a manutenção da paz e exercício da Justiça<sup>46</sup>.

Parece que, num primeiro momento, o critério distintivo de uma sociedade que passa a ser Estado é a identificação de uma organização de poder centralizado com poder coativo, que se serve da força para fazer-se valer, e que, em ulterior fase, conta com o poder das palavras, dos gestos, dos símbolos.

As causas determinantes do surgimento do Estado são variadas<sup>47</sup>, conforme os estudiosos. Uns invocam causas relacionadas a uma formação natural ou

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 72.

<sup>47</sup> Vale mencionar que, dependendo do autor, são arroladas múltiplas correntes sobre a essência do Estado, sua formação e justificação do poder. Cita-se, exemplificativamente, Jorge Miranda: “Não menos do que às ciências juspublicísticas diz respeito à filosofia o problema da natureza, da essência, do ser do Estado; e o debate sobre este ponto anda, desde há muito, bem próximo ao debate acerca da formação ou da justificação do poder (ou acerca da legitimidade do poder e dos governantes).”

“As grandes correntes que se deparam na doutrina – jurídica, filosófica e politológica – podem resumir-se a partir das seguintes contraposições: a) Entre correntes idealistas (o Estado encarado como ideia ou finalidade) e realistas (o Estado como ser de existência temporal e sensível); b) Entre correntes objectivistas (o Estado considerado como realidade exterior aos homens) e subjectivistas (o Estado como realidade predominantemente subjectiva ou até como expressão fundamentalmente psicológica de relações humanas); c) Entre correntes atomistas ou nominalistas (o Estado, mero conjunto de indivíduos, nome sem realidade substancial) e organicistas ou realistas (outra acepção do termo) (o Estado, irredutível aos indivíduos, susceptível de ser tomado como uma entidade específica ou com vontade própria); d) Entre correntes contratualistas (o Estado como produto da vontade, como associação) e institucionalistas (o Estado como sentido, relação, ordem objectiva ou objectivada, como instituição); e) Entre correntes monistas (o Estado como centro ou titular do poder político) e dualistas (o Estado como objecto do poder ou instrumento ao serviço dos verdadeiros detentores do poder); f) Entre correntes normativistas (o Estado, realidade normativa ou, numa visão radical, identificado com o sistema ou a unidade de normas) e não normativistas (o Estado, não redutível a normas jurídicas ou, numa visão radical, somente realidade sociológica à margem das normas jurídicas).”

“A importância teórica de algumas das doutrinas e a projecção que alcançaram na própria história do Estado Moderno exigem que se lhes faça referência em particular, ainda que curta. Trata-se das concepções contratualistas, das organicistas, da hegeliana, da marxista, da de JELLINEK, da escola realista francesa e da de Kelsen.”

“Também o interesse que merecem as elaborações de autores como SCHMITT, SMEND, HELLER, SANTI ROMANO, BURDEAU, CABRAL DE MONCADA, JULIEN FREUND, TALCOTT PARSONS E GOMES CANOTILHO justifica que as registremos com a devida atenção” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 236-237).

espontânea, como a origem familiar ou patriarcal, em atos de força, de violência ou de conquista, a origem em causas econômicas ou patrimoniais, e outras ligadas ao desenvolvimento interno das sociedades, pois quando se tornam complexas brota nelas o germe do Estado. Outros sustentam a formação pela via contratual e são os jusracionalistas modernos.

Rogério Gesta Leal discorre a respeito da seguinte forma:

Para alguns teóricos do Estado, esta figura estranha e por vezes insondável surge como uma extensão da natureza humana, necessariamente concebida como manifestação espontânea do indivíduo racional e intrinsecamente social.

Para outros, entretanto, o surgimento do espaço social, e mesmo do Estado, está ligado ao florescer de uma cultura de produção calcada na exploração da mão de obra diferenciada e marginalizante e, portanto, serve tão somente, para reproduzir determinadas estruturas sociais voltadas aos interesses profundamente privados e minoritários no âmbito da coletividade.<sup>48</sup>

Entre as teorias que sustentam a origem estatal com base em fundamentos econômicos, a que obteve maior repercussão foi a de Marx e Engels. Nessa concepção, o Estado surge a partir de determinado grau de desenvolvimento da sociedade.

Numa interpretação negativa sobre o contratualismo de Rousseau, para Marx e Engels foi com o nascimento da propriedade individual que se desenvolveu a divisão do trabalho, a divisão em classes de proprietários e não proprietários e o poder político na forma do Estado, “cuja função é essencialmente a de manter o domínio de uma classe sobre outra recorrendo inclusive à força, e assim a de impedir que a sociedade dividida em classes se transforme num estado de permanente anarquia”<sup>49</sup>.

Da teoria de Karl Marx e Friedrich Engels resultam dois pontos: o Estado é qualificado como instrumento da burguesia para exploração do proletariado e a crença de que o Estado pode ser extinto, pois assim como não era necessário nos

<sup>48</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 17-18.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 74.

primórdios da sociedade, regulada em coordenação, haveria de se chegar o momento em que desaparecesse.

Não há dúvidas de que o Estado moderno, notadamente após o advento do Liberalismo e a queda do absolutismo, gira em torno do modo de produção capitalista. Como antes afirmado, o Estado é capaz de alargar ou encolher sua ação justamente para atendimento a exigências econômicas.

Na sua fase intervencionista, atualmente bastante atacada, o Estado tratou de prover a sociedade de meios e infraestrutura para o livre exercício comercial e, reflexamente, assumiu atitude prestacional, para que as desigualdades não perturbassem o modo de produção em vigor e se garantisse, de outra banda, um mercado consumidor.

Fundamentalmente, o que interessava às elites capitalistas era o apoio estatal em ramos de especial interesse econômico, dificultosos de serem manejados pela livre iniciativa.

No entanto, sustentar a presença do Estado apenas em fatores econômicos simplifica por demais a questão da origem, necessidade e fundação do maior corpo social que a sociedade convive. Ainda mais se contemplada a complexidade da sociedade pós-moderna.

O apego exagerado à teoria marxista resulta em menoscar as possibilidades de transformar internamente o Estado, pois qualquer participação popular e democrática desenrolada em seu seio não pode ser confiável, afinal a instituição é instrumento de exploração do proletariado.

Relevante notar é que tanto o marxismo quanto os adeptos do liberalismo assemelham-se quando o assunto é a pertinência do Estado. Os marxistas enxergam nele algo ruim, que deve ser eliminado, os liberais um mal necessário, pois creem na ideologia oportunista do Estado encerrado em tamanho mínimo.

Norberto Bobbio apresentou o tema, com fulcro na Filosofia Política, pela

distinção das teorias de fundamentação do poder político. O poder político, desta maneira, pode ser fundamentado segundo teorias substancialistas, subjetivistas e relacional.

Pela teoria substancialista, o poder é uma coisa e é usado como se quer. O exemplo mais significativo citado pelo autor italiano é a filosofia de Hobbes, que serviu para fundamentar o absolutismo, e, segundo a qual “o poder de um homem ... consiste nos meios que presentemente dispõe para obter qualquer visível bem futuro”<sup>50</sup>.

Não importa a espécie ou a origem do poder, se ele consiste no uso da força, da inteligência, se foi adquirido, mas que é instrumento para a obtenção do desejado.

O poder, pela teoria substancialista, assume, por seu turno, três formas: a do poder físico e constrictivo, como o poderio militar; o poder psicológico, à base de ameaças ou promessa de recompensas, de cujo exemplo é o poder econômico; o poder mental, exercitado pela persuasão e dissuasão, cuja forma mais elementar é a educação.

A teoria subjetivista interpreta o poder não como o objeto, mas como a capacidade de um sujeito obter certos efeitos. É o que acontece, exemplificativamente, quando um sujeito possui um direito subjetivo, ou seja, o poder ou a capacidade atribuída de obter certos efeitos.

A última interpretação do poder e a mais aceita atualmente é a que fundamenta o poder como um conceito relacional, ou seja, só existe poder se um primeiro pode obter de um segundo um comportamento que, em caso contrário, não aconteceria. Entender o poder pela teoria relacional implica, outrossim, ligá-lo ao âmbito da liberdade, pois liberdade e poder se definem, cada um, pela negação do outro (“O poder de A implica a não liberdade de B”, “A liberdade de A implica o não poder de B”)<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 77.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 78.

Por outro lado, apesar de a concepção relacional do poder ter ganhado corpo doutrinário, especialmente em face do ideário de que o poder é exercido em democracia, com participação dos governados, o critério do meio é o mais comumente utilizado.

Dentro do critério do meio (teoria substancialista) o poder se divide em poder econômico, poder ideológico e poder político “stricto sensu” (vez que todos os tipos de poder são, em suma, poderes políticos).

O poder econômico é o que se vale da posse dos bens necessários, em situação de escassez, para provocar nos que não os possuem uma conduta desejada. A posse dos meios de produção, assim, determina o comportamento daqueles que não a detém.

O poder ideológico é o que se vale das múltiplas formas de conhecimento e doutrinas para influenciar o comportamento alheio e induzir a uma ação desejada. Neles se enquadram, dentre outros, os sacerdotes, os intelectuais, cientistas e técnicos.

O poder político “stricto sensu” é o mais relevante entre as subdivisões do poder<sup>52</sup>, pois mesmo quando haja o primado dos outros dois, como na idade média em relação ao poder espiritual e no mundo capitalista em relação ao poder econômico, o poder político é conjugado.

Nos dizeres de Bobbio,

... Nas relações entre os membros de um mesmo grupo social, não obstante o estado de subordinação que a expropriação dos meios de produção cria

---

<sup>52</sup> “Estas distinções entre três tipos principais de poderes sociais, embora expressa em formas diversas, é um dado quase constante nas teorias contemporâneas, nas quais o sistema social em seu conjunto aparece direta ou indiretamente articulado em três subsistemas: a organização das forças produtivas, a organização do consenso, a organização do poder coativo” (BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 83-84). Bobbio, a partir daí, demonstra sua assertiva em Marx, Gramsci e outros escritores políticos. Após breve reflexão sobre a afirmativa do autor italiano, notou-se que, de certo modo, também aqui, neste trabalho, discute-se a respeito da prevalência do poder coativo, travestido em Estado e do poder do consenso, no seu relacionamento com o servidor. Tudo isso sob o cuidado de que o consenso não se desenvolva com uma finalidade tão somente econômica.

nos expropriados, não obstante a adesão passiva aos valores transmitidos por parte dos destinatários das mensagens emitidas pela classe dominante, apenas o emprego da força física serve para impedir a insubordinação e para domar toda forma de desobediência. As relações entre grupos sociais, não obstante a pressão que pode exercer a ameaça ou a execução de sanções econômicas para induzir o grupo adversário a desistir de um comportamento tido como nocivo ou ofensivo (nas relações entre grupos os condicionamentos de natureza ideológica contam menos), o instrumento decisivo para impor a própria vontade é o uso da força, isto é, a guerra.<sup>53</sup>

O poder político é definido como o poder de comando sobre outros homens pela via coativa, mediante força física, pela constrição, inclusive pelo recurso às armas.

Sua origem é no mundo medieval, em que a sociedade conhecia duas entidades sociais poderosas que rivalizavam, o Estado e a Igreja. A disputa pela preeminência entre os dois tornou necessária a delimitação de suas esferas privativas de competência e domínio. À Igreja coube a *vis directiva* de ensinar a verdadeira religião e os preceitos da moral, de dirigir as consciências para o alcance dos bens espirituais, sobretudo. Ao Estado a *vis coactiva*, com o direito e poder exclusivo de exercício da força física sobre os habitantes de um determinado território.

Ao Estado, portanto, coube o direito de usar a força, mas não só isso. O uso da força com exclusividade. E quem incorporava esse uso exclusivo da força era o soberano, que passava a ter a soberania, a saber, o poder supremo, sem nenhum outro acima dele. A soberania é construída, portanto, com características de ser absoluta, pois não submetida a outras leis, e perpétua, pois através dela é que se obtém obediência contínua<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 83.

<sup>54</sup> Dalmo Dallari, na conceituação de soberania e depois de discorrer sobre o seu conceito como poder político ou a sua redução a fenômeno submetido ao Direito, preleciona: “uma terceira posição, de fundamento culturalista, nem admite a noção exclusivamente política, em termos de mera força, nem concorda em que se possa reduzir a soberania à condição de fenômeno totalmente submetido ao direito, uma vez que os fenômenos do Estado são, indissolavelmente, sociais, jurídicos e políticos”.

“Externando com muita precisão esta concepção, Miguel Reale prefere denominá-la de política, embora acentuando que sua superioridade sobre as demais consiste justamente na circunstância que só ela compreende e integra os conceitos sociais, jurídico e político de poder. Formula então o conceito de soberania como o poder de organizar-se juridicamente de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência. Assim, pois, a soberania jamais é a simples expressão de um poder de fato, embora não seja integralmente submetida ao direito, encontrando seus limites na exigência de jamais contrariar os fins éticos de convivência, compreendidos dentro da noção de bem comum. Dentro desses limites o poder soberano tem a faculdade de utilizar a coação para impor suas decisões”. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 80-81). Na verdade, a soberania não é conceito isolado dentro do

A doutrina do Estado, assim, é construída notadamente pela concepção jusracionalista de Hobbes e, tempos após, por Hegel e também Max Weber (o Estado é o detentor do monopólio da coação física). Kelsen, por seu turno, identificava o Estado como ordenamento normativo coativo (“O estado é uma organização política porque é um ordenamento que regula o uso da força”).

Num primeiro momento, o poder político e a soberania possuíam uma feição mais subjetiva, porém, com o tempo, tende a objetivar-se, e em muito influenciou sobre isso o suporte filosófico do iluminismo e jusracionalismo, eis que propunha a inversão do paradigma “ex parte principis” para o “ex parte populi”.

Entra aí uma das questões principais no discurso sobre o poder político e Estado, a da fundamentação, efetividade e legitimidade do poder.

Não basta ao poder ser forte, mas deve ser lícito, o que reflete diretamente na obrigação política daqueles que obedecem, ou seja, a delimitação das razões de sujeição aos comandos de quem detém o poder acaba por justificar até que ponto é permissível a desobediência ou a obediência passiva<sup>55</sup>.

Melhor explicitando, é necessário perquirir sobre a fundamentação do poder além de analisá-lo exclusivamente em termos de força coativa. Fosse assim e não haveria como se distinguir o poder político do poder de um grupo marginal, de ladrões ou traficantes de entorpecentes.

---

ordenamento jurídico. Seu fundamento, hoje, é constitucional e como a própria ordem constitucional não é fechada e se integra, também, à normatividade internacional, além de estar estruturada em valores e princípios, é decorrência que a soberania não seja um conceito fechado, visto “a priori”, mas deve ser exercida em termos de integração ao restante da ordem jurídica. Deve-se destacar a opinião praticamente comum dos que defendem os direitos humanos que a soberania, em grande parte, funciona como empecilho para a efetivação dessa espécie de direitos. Neste sentido, Flávia Piovesan: “Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrado no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal; 2ª) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12).

<sup>55</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 87.

O que se percebeu, ao longo da evolução das sociedades, é que o poder não se exercia apenas pela sua posse de fato, mas vinha revestido de uma base moral ou ética, e, conseqüentemente, jurídica<sup>56</sup>.

Dalmo Dallari justifica o poder com base na sua titularidade. Desta maneira, existem teorias teocráticas, fundamentadoras da origem divina, com base em um evento sobrenatural, eis que o próprio Deus concedia o poder ao príncipe, ou em um direito divino providencial, em que a soberania, assim como as demais coisas terrenas, provinha de Deus, porém, diretamente, residia no povo, embora fosse exercida pelo monarca.

As teorias democráticas sustentam a origem do poder no povo. Inicialmente no próprio povo como massa amorfa, depois na nação, isto é, no povo dentro de uma ordem integrante, e, em terceira fase no Estado, pois se a soberania é um direito o seu titular só poderia ser uma pessoa jurídica. Como o povo, por si só, não tem personalidade jurídica e quem a detém é o Estado (do qual o povo faz parte) naturalmente este assume sua titularidade.

É fundamental perceber que a própria soberania, assim como o que se disse em relação aos direitos humanos e fundamentais, resulta de uma opção manifestada em determinada ordem social em um momento específico. É um construído, e não um dado. Sua concepção como soberania popular auxiliou a derrubar a concentração do poder absolutista do monarca e propiciar terreno para o exercício da liberdade formal pelo mercado. Também deu suporte, em certa quadra, às nações imperialistas, que se expandiam à custa de uma impermeabilidade a outros Estados e a ordem internacional.

No entanto, o desenvolvimento da teoria do Estado como dotado de personalidade jurídica serviu para situá-lo como detentor de poder, mas que era submisso, sobretudo, ao ordenamento jurídico, e se tinha direitos, possuía deveres (liberdades e não liberdades). Talvez não seja sem razão que muitos preferem substituir, atualmente, o termo “poder” por “competência”, pois nessa embute-se a noção de um feixe de faculdades e atribuições que a ordem jurídica resguarda, mas

---

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 88.



que, de todo modo, não tem abrangência e exercício absolutos.

Do trecho adiante transcrito, verifica-se a evolução histórica da visão sobre a soberania:

No combate da burguesia contra a monarquia absoluta, que teve seu ponto alto na Revolução Francesa, a ideia da soberania popular iria exercer grande influência, caminhando no sentido da soberania nacional, concebendo-se a nação como o próprio povo numa ordem. No começo do século XIX ganha corpo a noção de soberania como expressão de poder político, sobretudo porque interessava às grandes potências, empenhadas em conquistas territoriais, sustentar sua imunidade a qualquer limitação jurídica. Entretanto, a partir da metade do século, vai surgir na Alemanha a teoria da personalidade jurídica do Estado, que acabará sendo apontado como o verdadeiro titular da soberania. E já no século XX, aperfeiçoada a doutrina jurídica do Estado, a soberania passa a ser indicada como uma de suas notas características, colocando-se entre os temas fundamentais do direito público, desenvolvendo-se uma completa *teoria jurídica da soberania*. Essa construção teórica teve um desenvolvimento gradativo, sendo necessária a fixação de várias posições, correspondentes a diversas épocas ou a diferentes pontos de vista, para se apreender o seu conjunto.<sup>57</sup>

Segundo Norberto Bobbio, a justificação ética (e, por tabela, jurídica) do poder político, além de concretude de força física, deu lugar a uma formulação variada de princípios de legitimidade, a fim de conhecer “dos vários modos com os quais se procurou dar, a quem detém o poder, uma razão de comandar, e a quem suporta o poder, uma razão de obedecer”<sup>58</sup>.

Assim, o professor italiano promoveu a seguinte divisão. Há princípios de vontade, outros princípios ligados à natureza, e uma terceira categoria em que se podem colocar princípios de uma abordagem histórica. Na verdade, em cada uma das divisões há uma dupla antitética, isto é, cada categoria de princípios engloba doutrinas que são denominadas doutrinas voluntaristas, naturalistas e históricas.

Na primeira divisão, relativamente à primeira categoria de princípios, importa saber quem é a fonte última de autoridade. Numa concepção descendente (“concebida a estrutura de poder como uma pirâmide, o poder desce do vértice à base”), a autoridade última é a vontade de Deus. Numa concepção ascendente (“segundo a qual o poder sobe da base ao vértice”), a autoridade última é a vontade

---

<sup>57</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 78-79.

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 88.

do povo<sup>59</sup>.

As doutrinas naturalistas enfocam na natureza a fonte do poder. Uma como força originária, outra como ordem racional pela qual a lei da natureza se identifica com a lei da razão.

No entanto, Bobbio crítica as duas versões antitéticas:

Remeter-se à natureza para fundar o poder significa, na primeira versão, que o direito de comandar de uns e o dever de obedecer de outros derivam do fato inelutável de que existem naturalmente, e portanto independente da vontade humana, fortes e fracos, sábios e ignorantes, ou seja, indivíduos e mesmos povos inteiros aptos a comandar e indivíduos e povos capazes apenas de obedecer. Remeter-se à natureza como ordem racional significa, ao contrário, fundar o poder sobre a capacidade do soberano de identificar e aplicar as leis naturais que são as leis da razão.

Quanto às doutrinas ligadas à história, Bobbio enfoca aquelas que têm um apelo ao passado e extraem a legitimação da força da tradição, ou seja, as teorias tradicionalistas do poder, segundo as quais soberano legítimo é o que exerce o poder desde tempo imemorial. Explana que o poder de comandar também pode ser “adquirido, à base de um princípio geral de Direito, à força do uso prolongado no tempo, tal como se adquire a propriedade ou qualquer outro direito”<sup>60</sup>. Assim, a justificativa do poder histórico dos reis, por exemplo.

Por outro lado, há as teorias de concepção revolucionária, cuja referência é a história futura e visa legitimar o poder que se está constituindo. O revolucionário, desta feita, tende a colocar um novo ordenamento em adequação a um novo curso histórico, com avanço axiológico sobre o precedente.

Enquanto o “conservador tem uma concepção estática da história: é bom aquilo que dura”, o revolucionário possui um perfil dinâmico: “é bom aquilo que muda em correspondência com o movimento, predeterminado e finalmente compreendido,

---

<sup>59</sup> “Ficção por ficção, os dois princípios, na medida mesma que são antitéticos, reforçam-se reciprocamente em algumas doutrinas: *vox populi vox Dei*” (BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 89).

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 90.

do progresso histórico”<sup>61</sup>.

O problema da legitimação do poder possui uma importância muito maior do que se afigura à primeira vista, pois é relacionado ao universo da obrigação política e ao direito de resistência.

Ou seja, a fundamentação inadequada do poder gera espaço para o exercício do direito de resistência, que pode ser lido tanto como o movimento para se manter o direito, quando fundado em justiça social, quanto para alargar os limites jurídicos.

Neste trabalho, e mais adiante se pretende que isso fique aclarado, defende-se a ideia de que a negociação coletiva como gênero não se enquadra somente como meio autocompositivo, porém como direito de resistência do trabalhador. Ora, se no campo do contrato individual de trabalho o direito de resistência surge quando o empregador, no exercício da liberdade que repousa no seu poder de comando, comete excessos (pois as obrigações criadas em contrato ou embasadas na lei são disciplinadas pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva), a negociação coletiva (assim como a greve) constituem modos de resistência do trabalhador, em nível coletivo, seja para manter a ordem justa, seja para elastecê-la, renovando-a.

Do mesmo modo, a negociação coletiva no serviço público, ainda que método democrático de soluções concertadas, não pode negar sua qualidade de exercício do direito de resistência.

É válido observar, ainda, com Bobbio, que os princípios de justificação do poder revelam uma opção à manutenção ou mudança do estado das coisas:

Dos seis critérios acima elencados, alguns são mais favoráveis à manutenção do *status quo*, ou seja, estão *ex parte principis*, outros são mais favoráveis à mudança, ou seja, estão *ex parte populi*. De uma parte, o princípio teocrático, o apelo à natureza como força originária, a tradição; de outra, o princípio democrático do consenso, o apelo à natureza ideal, o progresso histórico. Quem observar os movimentos de resistência, no sentido mais largo da palavra, do mundo de hoje, não tardará a dar-se conta da persistência destes critérios: contra um governo despótico, contra uma

---

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 90.

potência colonial ou imperialista, contra um sistema econômico ou político considerado injusto e opressivo, o direito de resistência ou de revolução é justificado ora através da referência à vontade popular vilipendiada, e portanto à necessidade de um novo contrato social, ora ao direito natural à autodeterminação que vale não apenas para os indivíduos mas também para os povos, ora à necessidade de abater aquilo que está condenado pela História e de se introduzir no sulco do devenir histórico, que procede inexoravelmente em direção a novas e mais justas formas de sociedade.<sup>62</sup>

A questão da legitimação do poder leva a inúmeras outras. Por exemplo, sendo pacífico que hoje a soberania, como poder supremo, é sopesada pelo princípio da separação dos poderes e que desde há tempos entende-se que não mais ocorre a dependência exclusiva do Estado como centro de normatividade jurídica, tendo sido admitido o fenômeno do pluralismo jurídico, por corolário, é de se reconhecer que a efetividade de uma norma não mais depende de uma esfera central irradiadora de legitimidade.

Por consequência, a procura de uma teoria que justificasse o poder deve levar em conta que o poder hoje é exercido de maneira circular, notadamente pelas formas não institucionalizadas de democracia representativa.

Ou seja, o poder hoje tende a estar difuso em sociedade. Se se preferir o termo “competência”, hoje existiriam vários centros de competência habilitados a exercer o poder, de modo que a eficácia de uma norma inclui a participação dos próprios destinatários da norma, circularmente.

Parece estar superado certo positivismo jurídico que não admite outra legitimação da ordem que não pelo conferido pelo ordenamento mediante regras superiores delegativas de competência (sistema dinâmico de Kelsen). O sistema hoje não é tido como fechado, mas aberto e suscetível de participação social e de influência no meio. A legitimidade de uma conduta, portanto, não é aferida somente pelo cotejamento de uma norma superior com base em uma delegação de poder, em um sistema hierárquico.

No entanto, ainda assim, é necessário o Estado como coordenador e gestor

---

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**, cit., p. 91.

do espaço público e, neste tocante, cabe a ele o exercício especial de um poder superior:

... a participação do Estado enquanto gestor do desenvolvimento social é indispensável, principalmente na perspectiva de que tal tarefa institucional cada vez mais se caracteriza ou não por ser democrática em face dos procedimentos que utiliza cotidianamente para tanto.

Assim, saímos do campo da significativa subjetividade em que se encontrava, mesmo na Idade Moderna, o exercício do Poder Político, para substancializar os atos estatais com elementos axiológicos (vetores), vinculantes em termos de finalidades e objetivos a serem perseguidos, todos identificados – pela legalidade e legitimidade – no âmbito da dicção constitucional, em especial, de suas normas estruturantes: os princípios fundamentais.<sup>63</sup>

A questão da legitimação do poder influenciou, também, as teorias do relacionamento do Estado com os que lhe prestam serviço como agente público, pois prevaleceu a perspectiva “ex parte principis” do poder fundamentado. Assim, as teorias do órgão e da impermeabilidade, por exemplo, ambas com viés que afasta o paradigma do consenso e da democracia, e que não leva em consideração, como dito antes, a adoção de uma visão personalista pela ordem jurídica constitucional de 1988.

O relacionamento do Estado com seu servidor, portanto, será examinado no próximo capítulo, levando em consideração também a evolução do Estado e o quanto da influência do privado, em sentido negativo, acabou por gerar nos governantes e nas altas hierarquias do Estado um escudo contra a responsabilização por sua conduta.

Por Influência do privado em sentido negativo quer-se dizer a confusão do domínio da esfera pública com o particular na gestão administrativa, o que comumente foi chamado em Direito Administrativo de Patrimonialismo ou de Administração Patrimonialista.

---

<sup>63</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 135.

## 4

**Teorias informadoras do Estado e da Administração**

Normalmente o que se ouve dizer quanto ao surgimento do Direito Administrativo é que foi resultante direto das mudanças advindas com as revoluções burguesas, notadamente a revolução francesa. Isto porque o Direito Administrativo visou limitar a ação do Estado, a reboque dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, com intuito de proteger os direitos individuais dos particulares contra a ação excessiva e abusiva do Estado.

Destarte, o Direito Administrativo, originário da França e ao qual contribuíram outros países como Alemanha e Itália para desenvolvimento de seus institutos, estaria diretamente vinculado ao Estado de Direito.

Exemplo dessa visão pode-se extrair abaixo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se - já na fase do Estado Moderno - o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Daí a afirmação de que o Direito Administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média. "Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções (cf. O. A. Bandeira de Mello, 1979, v. 1:52).<sup>64</sup>

Do mesmo modo, Fabrício Motta:

---

<sup>64</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 24.

O Direito Administrativo surgiu, sabe-se, no cenário das chamadas revoluções liberais (ou burguesas), como um misto de práticas e normas que deveria submeter a Administração a uma disciplina mais rigorosa, intentando conter os abusos verificados no antigo regime. Apesar da singularidade de cada processo revolucionário, costuma merecer atenção principal a Revolução Francesa, em razão de sua ligação mais direta com o nascimento e a consolidação do Direito Administrativo (chamado “continental” e oposto, inicialmente, àquele que foi concebido mais tardiamente nos moldes da *common law*, com nítida inspiração inglesa e americana). O fato é que todos os processos revolucionários contribuíram, em maior ou menor medida, para o estabelecimento de características do chamado Estado de Direito, emergente com distintas notas após tais processos.<sup>65</sup>

No entanto, é razoável acreditar que, com Gustavo Binbenbojm, que essa é uma noção de cunho mais garantístico, entronizada por diversos autores mais por amor à tradição acadêmica, do que corresponda ao modelo verdadeiro de Estado e Administração advindos da revolução francesa.

Não se nega, com isso, que as revoluções liberais tiveram um papel preponderante na inversão do paradigma de pensamento político, na expressão de Bobbio, capaz de fundamentar a aquisição e ampliação de direitos fundamentais. Como se pretende adiante, nesse trabalho, as doutrinas filosóficas do jusracionalismo foram fundamentais para a contestação do poder e o abandono de uma visão organicista do Estado e sociedade. Não é à toa que a autonomia da vontade, embora primacialmente, vinculada aos limites estritos da igualdade formal, evoluiu para a admissão de institutos como a autonomia privada coletiva, a ocorrência dos pluralismos jurídico e político e a presença de corpos intermediários com capacidade de conformar o Direito.

Porém, a realidade mais precisa quanto ao Direito Administrativo parece ser a de que, contrariamente a uma posição de baluarte contra o autoritarismo estatal, foi a de manutenção de privilégios mediante a criação de um espaço infenso à atuação do particular e a dos poderes Legislativo e Judiciário.

Até porque, não foi uniforme a incorporação da pauta dos movimentos filosóficos jusnaturalistas na ordem jurídica posterior às revoluções e às declarações de direitos. O momento subsequente foi justamente o de valorização do positivismo jurídico e do Estado como único responsável pelas fontes normativas formais, em

<sup>65</sup> MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 21.

um monismo e centralismo jurídicos. Não havia muito espaço para o particular, especialmente mediante associações de grupo, mas, paradoxalmente, através da pretensão à rígida separação entre Estado e sociedade, o primeiro se mantinha mínimo para assegurar a liberdade de contratar entre os particulares, ainda que em grau de formalidade.

Gustavo Binbenbojm discorre que o Direito Administrativo, notadamente na sua criação francesa, visou justamente a estabelecer um espaço próprio para a atuação da Administração, em que não era afetada nem mesmo pelos princípios da separação dos poderes e da legalidade, pois, a Administração editava suas próprias normas, através do Conselho de Estado e se sujeitava a uma jurisdição administrativa, pela introdução do contencioso administrativo.

Havia, assim, uma interpretação extremada da separação dos poderes, de modo que a Administração não se submetia a um poder equidistante, independente e imparcial, fruto de uma desconfiança natural contra os juízes e também por se considerar que “julgar a Administração ainda é administrar”. Dentro desse contexto é que surgiram os privilégios processuais em favor do Poder Público, mantidos até os tempos hodiernos, em que o “velho dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra de isonomia”<sup>66</sup>.

Nas palavras do professor carioca,

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14.

<sup>67</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, cit., p. 11.



E mais adiante,

Nesse contexto, as categorias básicas do direito administrativo, como a discricionabilidade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração, são tributárias deste pecado original consistente no estigma da suspeita de parcialidade de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os administrados. Na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os donos do poder criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade.<sup>68</sup>

Veja-se, à guisa de ênfase, a nota 19 do livro de Luísa Cristina Pinto e Netto, em que cita António Francisco de Sousa:

A solução só podia ser um compromisso em que por um lado se reconhecia a primazia da soberania das leis do Parlamento e um poder normativo subordinado e restrito à execução das leis a favor do Executivo. Este compromisso gozava no entanto de um equilíbrio meramente aparente, pois assentava em bases instáveis. Efectivamente (sic), operada a substituição da classe dominante, mas mantidas as bases do Estado, o sistema normativo do absolutismo foi ressurgindo aos poucos com o aumento qualitativo e quantitativo do poder regulamentar à custa da declarada supremacia da lei.<sup>69</sup>

Obviamente, que a situação descrita ganha maior relevo no Direito Administrativo francês em que há: (1) a figura do Decreto Autônomo, em que o decreto é utilizado não somente para regulamentar a lei, mas para criar novas normas jurídicas administrativas; (2) a Jurisdição e o Contencioso Administrativos, separados da instância judiciária. No entanto, ainda assim os privilégios da Administração Pública se espalharam além da fronteira da França, e no Brasil os conceitos da supremacia do interesse público e privilégios da Administração foram acrescidos de uma visão patrimonialista da Administração.

É bom que se diga que não há a intenção de objetar a atividade normativa da Administração Pública. Um dos argumentos plausíveis para fundamentar a razoabilidade da negociação coletiva do Estado com o servidor é justamente a

---

<sup>68</sup> Idem, *ibidem*, p. 15.

<sup>69</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 39.

admissão de que existem espaços e assuntos possíveis para a Administração dispor. Ou seja, a função normativa do Poder Público é condição básica para os procedimentos de negociação. Por corolário, a adoção de um parâmetro hermético do princípio da separação dos poderes (aliás, nunca efetivamente adotado em plenitude) não deixaria espaço para o diálogo, pois tudo se resumiria à lei editada pelo Poder Legislativo<sup>70</sup>.

O que aqui se pugna é que na própria formação do Direito Administrativo resquícios e doutrinas autoritárias influenciaram sobremaneira o tratamento especial dado ao Estado em relação ao particular, o que, obviamente, resvalou para sua conduta mantida em face do trabalhador público.

Na passagem do Estado de Direito ou Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social (Welfare State, ou Estado Providencial), a Administração ampliou seu raio de ação, com uma conduta mais interventora e prestacional, até mesmo porque assim lhe exigiam que atuasse, dando foros de concretude e materialidade ao princípio da isonomia.

Se com a passagem do tempo, a omissão do Estado não era mais suportável, eis que necessário intervir para solucionar os graves problemas sociais originários de uma desigualdade estrutural, o que se percebeu é que aumentaram, concomitantemente, as soluções fruto do consenso com a própria Administração. Isto é, a sociedade, notadamente após os anos setenta e oitenta passou a exigir aproximação e instâncias democráticas no relacionamento com o Poder Público.

Em resumo, o Estado intervinha na sociedade, funcionando como motivador de igualdade substancial, e também descia de sua posição superior, especialmente quando contratava com o particular.

Claro que essa igualdade para contratar era relativizada pela ocorrência de cláusulas exorbitantes e pelo poder de alteração unilateral. No entanto, a submissão do particular que contrata com o Estado não reside no fato deste figurar na relação

---

<sup>70</sup> Entendemos que a negociação coletiva não precisa ser mera instância prévia de diálogo com o servidor público, mas pode resultar na criação de atos normativos com efetividade, não meros compromissos.

jurídica, mas é a subordinação à própria ordem jurídica, que define que mesmo o contrato administrativo persegue o bem comum e em razão desse são necessárias derrogações.

Do mesmo modo, acontece com o contrato de trabalho em que a ordem jurídica fixa normas cogentes, inderrogáveis e estabelece o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, mas deixa aberturas, na própria lei, para certas alterações legais, além de poder o empregador se mover no espaço livre do “jus variandi”.

Muito do comportamento da Administração em relação a quem lhe presta serviços é derivado de elementos provenientes do Estado numa visão orgânica, das teorias do órgão e da impermeabilidade e também da confusão de uma visão privada dos governantes ao tocar a “coisa pública”.

Sobre a visão orgânica da Administração, semelhantemente ao que se retratou em item anterior, em que não havia separação efetiva entre Estado e sociedade na medida em que aquele era retratado como uma entidade superior que conjugava a vontade geral, sem exigência de atenção ao universo individual, a Administração orgânica caracterizava-se por ser um espaço vazio à lei<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> A propósito, veja-se o que Jorge Miranda discorre sobre as correntes organicistas e sobre sua variante hegeliana: “As várias correntes organicistas oscilam entre a consideração do Estado como unidade espiritual e a equiparação a um organicismo natural ou biológico.”

“A primeira tendência (Gierke, designadamente) arranca da escola histórica alemã e do romantismo, para os quais Direito e Estado não são senão expressões do espírito de um povo. O Estado é um princípio vital, uma totalidade, uma integração ou união de vontades”.

“Descrever o Estado como um organismo significa representá-lo simbolicamente como um corpo vivo, que se desenvolve segundo uma ideia própria”.

“A outra tendência (Spencer, designadamente) liga-se ao positivismo e ao cientificismo, tão característicos de certo pensamento oitocentista, e procura, alargar ao domínio do político e do jurídico os esquemas dos cientistas da natureza. O Estado é um ser vivo, sujeito a leis paralelas às dos restantes seres vivos”.

“O Estado desenvolve-se perfeitamente como os seres vivos. Segundo o meio em que se encontra assim evoluciona dum ou doutro modo, tornando-se predominante este ou aquele aparelho. Se as suas condições de existência se modificam, adapta-se, directa ou indirectamente, às novas condições, experimentando metamorfoses, adquirindo novos órgãos e desenvolvendo novas formas. Os Estados estão sujeitos à morte, porque a maior parte daqueles de que fala a história extinguiram-se. Os Estados podem escapar à destruição total pela reprodução como organismos, dando origem a outras sociedades que continuam a suas tradições, a sua civilização, as suas ideias e as suas crenças”.

“III – Para HEGEL, o Estado é a realidade em acto da ideia moral objectiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe”.

“Como realidade em acto da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel; nele a liberdade obtém o seu valor supremo e, assim, este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever. E se o Estado é o espírito objectivo, então só

Não se compreendia fosse possível no âmbito interno da Administração a formação de relações jurídicas entre o Estado e seus agentes, com direitos e obrigações recíprocas. Somente poderia haver relações dessa ordem diante do cidadão, isto é, externamente ao aparelho estatal<sup>72</sup>. Relações jurídicas pressupunham pluralidade de vontades, porém no interior do Estado só existia uma única vontade, a estatal. Não existiram propriamente normas jurídicas internas no campo do Estado, eis que seria impossível uma pretensão ou obrigação jurídica em face de si mesmo. No máximo, admitia-se que desse ordens a si mesmo, situação não configurada como decorrência de uma norma jurídica.

Nos dizeres de Luísa Cristina Pinto e Netto, a

teoria orgânica do Estado, propriamente dita, apresentou-se como reação à concepção individualista, entre o final do século XIX e o início do século XX, e, como o nome está a indicar, baseia-se na ideia do organismo para compreender o todo social. Segundo essa ideia, sendo a sociedade um organismo, os indivíduos ficariam reduzidos a mera função do todo, o que levou a identificar o agente público como parte do todo estatal<sup>73</sup>.

A teoria orgânica do Estado forneceu substrato teórico para enfatizar o modelo estatutário do vínculo profissional entre agente e Estado. Os agentes públicos, segundo este modelo, estariam privados de subjetividade e constituiriam objeto cuja atividade seria constituída para persecução dos fins estatais. Haveria aí o raciocínio de que Estado e agente não têm interesses divergentes, pois este é parte daquele.

Essa visão conformava o agente à organização e impedia sua autonomia, além de trazer prejuízos inegáveis ao trabalhador:

Neste ponto, cabe destacar que foi graças a estas ideias que se proibiu, como regra geral, a sindicalização dos agentes públicos, o exercício do direito de greve e a sua participação na fixação das condições de prestação de trabalho, até meados do século XX. Afinal, como poderiam os agentes, que deveriam ser ascéticos e imparciais, organizar-se em sindicatos para defender interesses corporativos? Como poderiam fazer greve, apresentando reivindicações contra o Estado, de que fazem parte, com

---

como seu membro é que o indivíduo tem objectividade, verdade e moralidade.”

<sup>72</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 102.

<sup>73</sup> Idem, ibidem, p. 107.

quem se confundem?<sup>74</sup>.

Não resta dúvida de que teoria dessa ordem impedia qualquer diálogo com o servidor.

Em acréscimo à concepção orgânica do Estado e da Administração Pública e, talvez, justamente por corolário dela desenvolveu-se a teoria da impermeabilidade, que explicava o Estado como pessoa unitária, no seio da qual inexistiam relações jurídicas.

Era uma teoria que não levava em conta o Estado como uma pessoa coletiva e que tinha marcadamente uma influência da concepção liberal da legalidade como exclusivamente alusiva à delimitação entre Estado e sociedade, que deveriam manter-se separados, a bem da última. Contrariamente, no âmbito interno do Estado não se faziam necessárias normas jurídicas, mas mera organização a cabo da própria Administração que, quando muito, instituiria relações de especial sujeição, porém não no sentido de constituir direitos e obrigações em face do agente público.

Fabrizio Motta muito bem expõe o primeiro momento da vivência do princípio da legalidade na realidade administrativa, em que prevalecia uma vinculação negativa, resquício do período monárquico:

Ora, o objetivo principal de proteção da liberdade (acompanhado dos consectários ligados à segurança jurídica) antes comentado trazia em si uma etapa obrigatória: submeter o Estado, notadamente a Administração, ao Direito. Essa submissão materializou-se com a consagração do princípio da legalidade, vinculando as atividades da Administração à lei. O Direito Administrativo se converteu, essencialmente, em direito positivo do Estado, consagrando um poder normativizado que, de acordo com a doutrina liberal, intentava criar normas que concediam um mínimo de segurança jurídica e certeza às relações jurídicas entre os cidadãos e entre estes e o Estado. Contudo, essa operação se realizou contra a supremacia da Constituição que, para os liberais, significava, sobretudo, supremacia da política e, por isso, fonte de instabilidade e insegurança – o Estado era visto, nesta concepção, em um patamar além da Constituição.

Em um primeiro momento, prevaleceu à vinculação negativa à lei (negativa *bindung*), associada ao poder discricionário, entendendo que a Administração possuiria espaço livre para atuar à margem de expressa previsão legal. Essa concepção inicial refletia ainda resquícios do “princípio monárquico” que pretendia justificar na condição histórica do monarca como

---

<sup>74</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 110.

Chefe do Executivo um maior grau de autonomia para dispor sobre o funcionamento e a organização da administração.<sup>75</sup>

No entanto, a compreensão do agente público como um órgão do Estado não poderia surtir efeito a não ser que houvesse uma diferenciação dos elementos subjetivo e objetivo que o compõem, além do reconhecimento do Estado como uma pessoa coletiva dotada de personalidade jurídica própria, sujeito de direitos e deveres e submetido à ordem jurídica. Também tornou-se primordial inverter a centralidade do Direito Administrativo em torno da construção do “ato administrativo” em prol da valorização da “relação jurídica”.

O primeiro aspecto, de diferenciação dos elementos subjetivo e objetivo no órgão, foi assim abordado por Luísa Cristina Pinto e Netto:

A chave para a resolução da questão encontra-se em entender o órgão como composto de mais de um elemento, possibilitando a diferenciação do elemento objetivo – órgão como centro de competências integrante da estrutura estatal – e do elemento subjetivo – pessoa que age como órgão. José Roberto Dromi destaca com precisão estes dois elementos constitutivos da ideia de órgão: no primeiro, tem-se o órgão como conjunto de competências, abstrato e institucional, de existência contínua e que se constitui de competência, cargo, círculo de atribuições, centro de competência ou ofício público; o segundo elemento, pessoal e variável, é o homem, o agente público.<sup>76</sup>

A incorporação da pessoa do trabalhador ao organismo Administração impede seu entendimento como indivíduo e cidadão e também como destinatário da dignidade humana que informa o Estado Democrático de Direito. Como visto antes, com Daniel Sarmento, sobre a visão personalista da Constituição Federal de 1.988, a concepção do ser humano, qualquer um, inclusive o servidor público, é a de finalidade da ordem jurídica, nunca meio ou instrumento, pois a normatividade fundamental lhe reservou espaço prioritário de proteção.

No entanto, não há como negar que quando um trabalhador assume um cargo ou emprego público, ele e o Estado funcionam como uma entidade única perante os que se servem dos serviços públicos estatais. Formam uma unidade, cujo fito é direcionado a atingir o interesse público, razão pela qual a teoria do órgão

<sup>75</sup> MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33.

<sup>76</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 259.

da função pública<sup>77</sup> ou do organicismo da Administração tem um respaldo real na realidade do que se verifica no relacionamento externo do Poder Público.

Para equilibrar as duas instâncias, Luísa Cristina vislumbrou a separação dos dois elementos presentes no relacionamento do Estado e agente, um relativo à relação orgânica ou funcional e outro atinente à relação de serviço, como se nota:

A relação orgânica ou funcional tem direta ligação com a imputação, pois não se constitui entre sujeitos de direito distintos, mas entre um órgão e uma entidade da qual aquele é parte; o agente atua e sua conduta é imputada à pessoa estatal; externamente aparece apenas a pessoa estatal, a pessoa do agente é desconsiderada. Esta relação, que é organizacional, não se refere ao titular da função como pessoa, em sua materialidade de sujeito, mas em sua qualidade jurídica de titular da função atribuída por uma norma jurídica.

Por outro lado, a relação de serviço possibilita vislumbrar uma diversidade de pessoas entretidas em verdadeira relação jurídica com direitos e deveres recíprocos. É uma relação exterior ao aparelho estatal, na qual comparece o agente com sua plena capacidade e autonomia jurídicas, obrigado a prestar trabalho subordinadamente ao Estado, a quem cabe retribuir este trabalho e cumprir outros deveres em face do agente. Nesta relação, é possível visualizar o agente como sujeito de direito distinto do Estado e passível de ter interesses diversos deste. Não se impõe, neste aspecto, vinculação de fidelidade, mas sim o cumprimento de dever jurídico de prestar trabalho da forma prevista e com a diligência profissional exigível. Tem-se uma ligação entre o titular da função e o centro de funções: relação patrimonial de remuneração das prestações do titular da função, relação profissional de trabalho subordinado, que cria direitos e deveres para ambas as partes.

Rigorosamente, o que se observa da distinção efetuada pela autora mineira é a observância de que na atuação do Estado, externa ou internamente, é necessário ponderar os interesses públicos e particulares, a fim de definir qual é o verdadeiro bem comum. Não é possível adotar “a priori” uma supremacia de um em relação ao outro, nem da Administração, nem do trabalhador público, nem mesmo a dos terceiros que se servem ou se relacionam com o Estado como organismo. Essa ponderação de interesses será novamente abordada quando se tratar do princípio da supremacia do interesse público e do princípio da legalidade.

---

<sup>77</sup> Dallari enfoca a teoria do órgão como uma variante do organicismo chamado “organicismo ético”, formulada por GIERKE: “com GIERKE tomaria impulso a teoria do órgão, permitindo conceber-se o Estado como pessoa, capaz de ter uma vontade própria e de externá-la, sem precisar recorrer aos exageros do organicismo biológico. O Estado-pessoa jurídica é um organismo, e através de órgãos próprios atua sua vontade. Esta se forma e se externa por meio das pessoas físicas que agem como órgãos do Estado” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123).

Entretanto, deve-se ressaltar que a solução apresentada pela autora é adequada à realidade do contrato de trabalho na esfera do setor privado. Explica-se.

Também a natureza do contrato de trabalho durante muito tempo foi sujeita a controvérsias doutrinárias. Após um período inicial de justificação apenas em teses contratualistas, com valorização da liberdade formal de contratar do trabalhador, surgiram teorias anticontratualistas, tais como a teoria da relação de emprego e a teoria institucionalista, que posicionavam o empregado dentro de uma estrutura orgânica, sem importância à sua autonomia. Ambas as teorias tinham um viés autoritário e antidemocrático inequívoco, apesar de se justificarem na observância da realidade, pois o empregado, na maior parte das vezes, adere às condições impostas pelo empregador do que propriamente as discute em regime de liberdade contratual.

Vale, contudo, reproduzir a análise crítica de Maurício Godinho Delgado a respeito:

A restrição fática (às vezes bastante intensa) da liberdade e vontade do trabalhador, no contexto da relação empregatícia concreta, não autoriza a conclusão simplista de que a existência do trabalho livre (e da liberdade, pois) e da vontade obreira não sejam da essência dessa relação jurídica. Afinal, a combinação de tais elementos (liberdade/vontade) é que exatamente permitiu a formulação da diferença específica da relação de emprego perante as demais modalidades hegemônicas de relação de produção no mundo ocidental anterior – servidão e escravidão. A presença dessa equação (liberdade/vontade) é que exatamente tem permitido à relação empregatícia dar origem a vertentes tão variadas e às vezes díspares de gestão empresarial interna, desde o antigo despotismo de fábrica, que era dominante no capitalismo industrial do século XIX e inícios do século XX, até fórmulas mais democráticas de gestão empregatícia que têm sido experimentadas no cenário empresarial contemporâneo. Na verdade, as duas correntes teóricas acima expostas, fiéis à inspiração autoritária que presidiu sua formulação e desenvolvimento, não conseguiam disfarçar seu intento antidemocrático, embora manifestado sob aparente argumento protecionista obreiro. Ao enfatizarem a estreiteza (real) da liberdade e vontade individuais obreras no interior da relação de emprego, partem de um dado efetivo da realidade empírica, mas para alcançarem uma conclusão teórica equívoca e uma proposição política sumamente conservadora e autoritária.<sup>78</sup>

A solução no âmbito do Direito do Trabalho foi justamente a aceitação de uma

---

<sup>78</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 319-320.



teoria mista<sup>79</sup>, que admitisse a contratualidade e a anticontratualidade. A primeira expressa notadamente no instante de formação contratual e a segunda referenciada nas diversas normas de ordem pública e natureza cogente que delimitam a vontade do empregado e empregador.

Além da superação da teoria orgânica da Administração, no trato do Estado com o agente público, é importante a desconstrução da teoria da impermeabilidade, ou seja, a quebra da mística da existência de um espaço interno de Administração imune ao diálogo e à regulação mais estreita. A imunidade foi natural decorrência da teoria do órgão e da Administração orgânica, pois não se podiam formar relações jurídicas entre uma pessoa e ela mesma. Neste diapasão, valorizou-se durante muito tempo no Direito Administrativo a centralidade no ato administrativo e não na relação jurídica administrativa.

A centralidade do ato administrativo foi um dos conceitos integrantes do regime jurídico administrativo originado no Estado Liberal, com notas marcadamente autoritárias. Isto porque o Estado tinha que como principal função o exercício do poder de polícia, o que requeria “meios unilaterais, agressivos, coercitivos, autoexecutórios para seu desempenho”<sup>80</sup>. Havia uma contradição intrínseca naquele momento que conjugava liberdade e autoritarismo:

O conceito de Estado elaborado no período liberal, já se mencionou, fundou-se no compromisso entre elementos liberais e autoritários: o liberalismo no campo do poder político e o elemento autoritário na criação de um estatuto especial para a Administração. Houve, na verdade, uma certa contradição nos ideais revolucionários: era preciso limitar o poder do Estado, mas a nova classe dominante estava a criar um poder talvez mais forte que o do Estado Absoluto. Esta contradição trouxe soluções de compromisso, uma das quais se refere à Administração, à criação de um regime próprio, o Direito Administrativo.

António Francisco de Sousa confirma este entendimento, dizendo que, se, dos princípios que saíram da Revolução Francesa – liberdade, legalidade, divisão de poderes e direitos dos cidadãos –, pretendia-se como resultado um poder estatal mais fraco que o do período absolutista, o resultado foi o contrário do pretendido, pois o Estado Liberal mostrou-se mais forte que o anterior.

A Revolução Francesa não levou, assim, a um movimento total de ruptura

---

<sup>79</sup> A teoria mista do contrato de trabalho é evidenciada, especialmente, nos dizeres do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”, em que o termo “acordo” remete à teoria contratualista e a expressão “relação de emprego” ao anticontratualismo.

<sup>80</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 44.

com a Administração absolutista: houve mudanças, mas também houve continuidade. Muitas das instituições do Antigo Regime passaram a receber nova leitura à luz dos princípios da Revolução, resultando daí a Administração Pública do Estado Liberal<sup>81</sup>.

O ato administrativo, na conjuntura da época, refletia a atuação administrativa por meio de atos típicos unilaterais, como manifestação autoritária do poder estatal em relação a particulares determinados. Não havia campo de diálogo com a sociedade, até porque era preciso reforçar a separação desta e do Estado. Conseqüentemente, não se concebia qualquer esfera intermediária entre o Estado e o indivíduo, uma das razões pelas quais nas primeiras fases do capitalismo não havia sequer a possibilidade de reconhecer-se a liberdade de associação de pessoas em grupo (recorde-se que os sindicatos, nesta fase, eram proibidos).

Porém, assim como no Direito do Trabalho a empresa, como empregadora, passou a ser conceituada como um ser coletivo<sup>82</sup> (tanto que se lhe possibilita firmar acordos coletivos diretamente, prescindindo da interveniência de sindicato) na Teoria do Estado este passou a ser enxergado como pessoa jurídica coletiva e, a partir daí, foi possível vislumbrar-se a formação de relações jurídicas em que estivesse presente como sujeito de direitos e obrigações, inclusive em face do particular (ainda que lhe prestasse serviços). Também a partir daí criou-se campo propício para a entabulação de relações mais democráticas e concertadas.

---

<sup>81</sup> Mesma autora e obra. p 44 e 45.

<sup>82</sup> Na definição de Maurício Godinho o empregador age naturalmente como ser coletivo, pois é “um agente socioeconômico e político cujas ações, ainda que intraempresariais, têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla” (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1301).

## 5

## **A personificação jurídica do Estado como modo de aquisição de direitos pelo agente público**

A concepção do Estado como pessoa jurídica representou um avanço extraordinário, como ressalta Dalmo de Abreu Dallari:

A concepção do Estado como pessoa jurídica representa um extraordinário avanço no sentido da disciplina jurídica do interesse coletivo. Mais do que por qualquer teoria objetivando estabelecer por critérios formais, limitações ao poder do Estado, esse objetivo é atingido de maneira mais científica – porque baseada em fatores substanciais – pela noção de personalidade jurídica do Estado. Esta noção promove a conciliação do político com o jurídico.

E, sintetizando, em outro trecho:

Além de ser facilmente demonstrável a existência dessa vontade estatal, que é pressuposto da capacidade jurídica do Estado, é também evidente a necessidade dessa concepção para o tratamento jurídico dos interesses coletivos evitando-se a ação arbitrária em nome do Estado ou dos próprios interesses coletivos. Com efeito, só pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, podem ser titulares de direitos e de deveres jurídicos, e assim, para que o Estado tenha direitos e obrigações, deve ser reconhecido como pessoa jurídica.

A própria natureza dos fins do Estado exige dele uma ação intensa e profunda, continuamente desenvolvida, para que ele possa realizá-los, o que produz, inevitavelmente, uma permanente possibilidade de conflitos de interesses, que serão melhor resguardados e adequadamente promovidos só através do direito. É por meio da noção do Estado como pessoa jurídica, existindo na ordem jurídica e procurando atuar segundo o direito, que se estabelecem limites jurídicos eficazes à ação do Estado, no seu relacionamento com os cidadãos. Se, de um lado, é inevitável que o Estado se torne titular de direitos que ele próprio cria por meio de seus órgãos, há, de outro, a possibilidade de que os cidadãos possam fazer valer contra ele suas pretensões jurídicas, o que só é concebível numa relação entre pessoas jurídicas<sup>83</sup>.

Também destaca a importância que teve o recurso de exprimir-se o Estado como uma pessoa coletiva dotada de personalidade jurídica distinta das pessoas jurídicas que compõem a comunidade e dos próprios governantes. Com a teoria da personalidade do Estado foi possível subordiná-lo à norma jurídica, ao mesmo

---

<sup>83</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, cit., p. 125-126.

tempo em que foi possível avançar de uma concepção patrimonialista do Estado, que era visto como patrimônio do monarca. A teoria da personalidade também se prestou a subsidiar a titularidade da soberania, inicialmente residente na figura do soberano, depois na nação e no povo, como entes despersonalizados, para, ao depois, pertencer à titularidade do Estado.

Jorge Miranda igualmente não se furtou a destacar a relevância da subjetivação do Estado como maneira de cumprir uma dupla finalidade de racionalização e subordinação à norma jurídica:

A subjectivação ou personificação do Estado obedece a uma dupla finalidade: de racionalização e de acentuação da subordinação à norma jurídica.

Ela propicia, em primeiro lugar, um instrumento técnico ou construtivo muito importante (embora, não o único possível) destinado a dar resposta a algumas das mais prementes necessidades da vida do Estado, na multiplicidade de actos e contratos que se lhes vinculam.

Implica, em segundo lugar, uma mais imediata e nítida afirmação de integração no mundo jurídico, na medida em que, sendo sujeito de relações e mesmo quando dotado de prerrogativas ou privilégios de autoridade, o Estado tira a sua capacidade de querer e de agir da norma jurídica.

Não é por acaso que (sem esquecer antecedentes diversos) esta figura remonta a cerca de cento e cinquenta anos, formuladas designadamente por GERBER. Na concepção patrimonial, o Estado não era sujeito, mas objecto de um direito do monarca, e no Estado de Polícia procedia-se à distinção entre Estado propriamente dito e Fisco. Somente com o início do aprofundamento entre Estado propriamente dogmático do Direito Público e com as ideias e os conceitos do Estado de Direito se vai avançar na linha da personalidade do Estado – a qual envolve, necessariamente, o reconhecimento de uma personalidade de direito público dos cidadãos, situações jurídico-públicas não apenas do Estado mas também das pessoas membros da comunidade política e, muito em especial, direitos fundamentais perante e contra o Estado.<sup>84</sup>

Jorge Miranda, por sinal, faz uma distinção entre duas acepções do “Estado” que torna especialmente importante para que não haja uma sobrevalorização do Estado em certas situações: a do Estado como comunidade (Estado-comunidade) e Estado-poder (ou Estado-aparelho).

A concepção do Estado como comunidade tem a ver com o que se discorreu atrás a respeito da visão predominante do organicismo, desde a Antiguidade, com Aristóteles e também, em certa medida, no período moderno, com o Estado Absolutista. No entanto, como se procurou ressaltar desde o início dessa

---

<sup>84</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 263-264.

dissertação não há uma identificação completa entre Estado e sociedade, mas o alargamento do primeiro sobre a segunda, ou vice-versa, dependendo do momento histórico, sendo que desde a adoção do modo de produção capitalista basicamente o Estado se encolhe ou alarga em conformidade com os anseios mercadológicos. Assim, por exemplo, com as fases do Estado liberal, Estado intervencionista, e, atualmente, com a defesa do Estado mínimo.

O Estado-poder, ou Estado-aparelho é concebido como institucionalização do poder, que significa a existência de órgãos, ou seja, “instituições com faculdades de formação da vontade” e também “organização da comunidade, predisposição para os seus membros serem destinatários dos comandos vindos dos órgãos de poder”.

Parece que essa distinção é muito aproximada à de “Estado-sujeito-de direito” e “Estado-ordem-jurídica”, referida por Luísa Cristina Pinto e Netto. A confusão entre uma categoria e outra pode levar a um fenómeno que a autora, com fulcro em Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, denominou interpolação alternativa e que se reputa importante examinar, pois pode acabar por levar a uma subordinação demasiada e injustificada:

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, fundado em Hans Nawiasky, entende que há, neste ponto, equívoco frequente e que merece ser desfeito; é o que chama de interpolação alternativa: toma-se o Estado indiscriminadamente como sujeito de direito e como ordem jurídica. Sem se fazer a distinção, a abstração essencial entre *Estado-sujeito-de-direito* e *Estado-ordem-jurídica*, não se podem compreender corretamente as situações e relações em que comparece o Estado.

Tomar o *Estado-sujeito-de-direito* em lugar do *Estado-ordem-jurídica* leva a entender que o particular está subordinado ao *Estado-sujeito-de-direito*, isto é, que o particular se coloca em situação de subordinação pessoal e não em situação de subordinação em face da ordem jurídica. Por outro lado, entendendo-se que o particular está subordinado à ordem jurídica, mas persistindo a confusão apontada, pode-se disfarçar o despotismo estatal, pois, na verdade, o indivíduo pode estar sendo ilegitimamente submetido a imposições do *Estado-sujeito-de-direito* sem previsão na ordem jurídica. O que importa reter é que a subordinação não surge em relação ao *Estado-sujeito-de-direito*, pois o indivíduo somente se subordina à força legítima, cuja única depositária é a ordem jurídica. Não há subordinação pessoal propriamente dita, mas subordinação jurídica. Como lembra Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, o *Estado-sujeito-de-direito* também está necessariamente subordinado ao *Estado-ordem-jurídica*.<sup>85</sup>

Aliás, tomar o “Estado-ordem-jurídica” como “Estado-sujeito-de-direito” pode

<sup>85</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 160-161.

redundar justamente no Estado patrimonialista ou individualista, uma das heranças mais malditas do fenômeno administrativo, especialmente em terras brasileiras.

Para vencê-lo, empoderar o agente público para negociar e pautar reivindicações perante o Estado, tornando-o responsável pela gestão ética da coisa pública, parece ser um caminho. Assim, o controle social do Estado não necessitaria vir de fora para dentro, mas também de dentro para dentro, nas suas esferas internas, mediante vias democráticas.

## 6

## A evolução privatística da Administração Pública

A história da Administração Pública no Brasil herdou características da Administração Portuguesa, em que a nobreza possuía um caráter parasitário e estacionário como gestora de atividades públicas, em termos de planejamento e desenvolvimento comunitário<sup>86</sup>.

No apossamento sobre as terras brasileiras, não houve, por parte da Coroa, pelo menos nos primeiros séculos, uma efetiva e planejada ação administrativa. Diversamente, o que se constatou foi uma rarefação do poder político, o que deu margem ao fortalecimento do poder privado. Os governantes aqui rapidamente empregaram um tipo de administração em que se tornavam proprietários das instituições e do poder político, atendendo mais a expectativas particulares, individualistas e corporativistas do que comunitárias, entendidas estas como sinônimo do bem comum.

Desde as capitanias hereditárias, a preocupação predominante era a da simples exploração dos recursos naturais. Ainda quando houve a instituição do Governo Geral, em 1549, com descentralização administrativa e redução do poder absoluto dos donatários das capitanias, era ausente qualquer programa integrado de administração, empreitada que se dificultava pela enorme extensão territorial da colônia.

Essas circunstâncias todas levaram à estruturação do Estado sob uma “matriz privatista de formatação do pensamento e da ação administrativa no território nacional”, nos dizeres de Rogério Gesta Leal.

Muito disso ocorria pela ignorância administrativa da cultura monárquica portuguesa, pouco afeita a questões de administração racional e prospectiva, o que

---

<sup>86</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 84.

decorria, em boa parte, de uma relação patrimonialista mantida com a coisa pública.

Essa toada continuou por todo o Império, com o fortalecimento exagerado da Administração Pública na ótica do Executivo, sem uma teoria séria de responsabilização do Estado por seus atos, com centralização excessiva dos poderes e ao mesmo tempo um permanente clima de disputas por espaços de poder e de ação.

Essa realidade esteve presente durante toda a República Velha e prolongou-se até mesmo até a década de 1980, como expõe o autor gaúcho:

Em verdade, ao longo do período de toda a República Velha, a Administração Pública brasileira sofreu de frágil estruturação institucional, e isto porque os chefes do Poder Executivo, dos três níveis federativos, em regra, eram eleitos de maneira pouco séria, decorrência dos vínculos mantidos com as oligarquias locais, vinculadas, por sua vez, à Presidência da República, formando uma rede política de interesses que se alojava e refletia na atuação administrativa.

Aqui, sequer se cogitava da participação social ou representativa da comunidade, eis que tal tarefa estava restrita aos cânones e mecanismos institucionais da política estatal.

Assim, desenvolveu-se a Administração Pública, praticamente, até a década de 1980, com avanços e recuos institucionais, maiores em determinados momentos (como na era Vargas), ou menores (como ao longo do regime militar).<sup>87</sup>

O quadro brasileiro, na visão do autor em comentário, agrava-se, ainda, por uma sobrecarregada intensidade de poder delegado ao chefe do Executivo, com funcionamento precário das instituições políticas e funcionamento à base de um exagerado número de decisões tomadas rapidamente (decretismo). Esse modelo é denominado, consoante Guillermo O'Donnell, de "democracia delegativa".

Vale ponderar que a assertiva é verdadeira se recordarmos o alto grau de Medidas Provisórias (e dos antigos Decretos-leis) expedidos pelo Executivo, porém isso, deve-se ressaltar, não é circunscrito somente à conjuntura brasileira, mas faz parte de um fenômeno ampliado de crise da legalidade ou da democracia clássica, pelo critério representativo e não participativo.

Fortalecer a democracia no âmbito interno da Administração também resulta

---

<sup>87</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**, cit., p. 87.



em garantia de maior eficácia e justiça social no exercício do poder pelos governantes, pois permite o controle social não circunscrito apenas ao meio externo, à sociedade civil – o que por si só é importante – mas o estende aos subordinados na Administração Interna, possibilitando uma via concertada de cogestão, com transparência e responsabilidade.

Deve-se ponderar, em continuidade, que a característica de privatização do exercício do poder não é exclusiva da herança portuguesa e da história brasileira.

Alexandre Pasqualini vai mais longe e demonstra que, a par da visão organicista sobre poder e sociedade, explanada anteriormente, um mal que persiste desde a Antiguidade Clássica é o de prevalecer a vontade particular sobre o a vontade geral, o que, de certa maneira, aproxima-se com o escopo inicial deste trabalho, o de demonstrar que as esferas pública e privada nem sempre estão nitidamente separadas.

Aliás, na visão do autor a divisão entre público e privado presta-se tão somente para esconder a supremacia de individualismos:

... não se afigurando unívoca, tampouco clara, a tradicional ideia que preconiza a divisão do mundo da vida em duas órbitas axiológicas dissociadas e dissociantes, parece mais adequado questionar a validade mesma desta classificação, cuja rotina intelectual apenas serviu para fomentar a histórica, ideológica e arbitrária disputa hierárquica entre indivíduo e sociedade, entre o todo e a parte, como se pudesse haver hierarquia entre elementos que já sempre se constituem mutuamente. A díade público-privado, quando bem analisada, desde a sua origem histórica, traz à luz a obscura junção de princípios hoje assentes no moderno conceito de Estado – se se pode qualificar de moderno, no decorrer dos tempos, serviu, de forma invariável, com diferenças somente de grau, à manutenção de uma idêntica e ossificada matriz de comportamento: a despótica supremacia dos individualismos de todo gênero.<sup>88</sup>

Após essa inflamada introdução, o autor inicia a apreciação sobre as instâncias públicas e privadas nas cidades-Estado gregas relatando que o indivíduo grego, com a evolução das relações familiares e religiosas domésticas para o espaço público comunitário, passou a deter perfeitamente duas esferas de

---

<sup>88</sup> PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In PASQUALINI, Alexandre *et al.* **O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel.** Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999. p. 15-16.

existência, com manifestações em assembleias à base de códigos de conduta e identificação impessoais, menos preocupado com os parentescos de sangue e mais centrado em sistemas extrafamiliares de comportamento.

Apesar disso, “é importante notar que a ética da comunidade privada sobreviveu, através do enlevo da eloquência retórica, ao engendramento da órbita pública, sem que a práxis comunitária nunca tenha conseguido abolir o seu poder de desagregação do tecido social”.

Ou seja, a habilidade retórica dos oradores acabava por conduzir a mentalidade dos gregos para a concretização dos interesses particulares de quem se pretendia beneficiar, de modo que “em cada orador havia o germe de um tirano”.

O autor cita o exemplo de Demóstenes, que era capaz, num mesmo assunto, de preparar discursos para os dois lados da contenda, à base do que lhe pagassem:

O vigor da oratória grega aumentava com o amor-próprio. A cobiça apontava-lhe o rumo das convicções. No vibrante e compassado estilo dos oradores, medravam a cupidez e o interesse particulares. A eloquência era, pois, uma bandeira de aluguel sempre arrematada a peso de ouro. O grande Demóstenes foi, ainda por outra vez, o corpo de delito: vendeu-se a Hárpalo por uma taça e mais vinte talentos. Numa época em que a virtude cedeu lugar ao tráfico da persuasão, Demóstenes parece ser o retrato pusilânime de uma geração de sofistas sem força moral para resistir aos presentes e à estima dos poderosos.<sup>89</sup>

Em Roma, não era muito diferente. Vigorava o princípio da autoridade e da disciplina, o que refletia até mesmo na arquitetura imponente da cidade, que difundia respeito e temor aos habitantes. As assembleias romanas eram rigidamente vigiadas e dependiam do Magistrado. Votavam a proposta submetida por ele, que tinha a faculdade de interromper a qualquer momento a sessão se o andamento da votação não lhe fosse favorável. Tinha o poder de recusar a decisão dos eleitores, ou ainda, os cidadãos eram obrigados a transigir se houvesse algum dissídio quanto à vontade do Magistrado. Em síntese, votavam, porém não governavam.

Mesmo nas fases posteriores da história de Roma, as deliberações dos

---

<sup>89</sup> PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In PASQUALINI, Alexandre *et al.* **O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, cit., p. 18.

senadores podiam, discricionariamente, ser desconsideradas: “Os Césares que, governados por normas, deveriam ser ‘uma lei com voz’, usurpam a *res publicae*, transformando-se na própria *lex*. ‘Em algum momento do terceiro século, o imperador começa a ter preeminência sobre a lei’”<sup>90</sup>.

Uma característica romana evidente era a de que as analogias de estrutura e funcionamento entre a família e a comunidade eram muito estreitas: ao *pater*, na família, correspondia o *pater patriae*, imperador, na *civitas*. “As tentativas romanas de articular um conceito de autoridade à altura das exigências público-políticas fracassaram por não haver na *civitas* um modelo associativo construído a partir de uma comunidade de homens iguais”<sup>91</sup>.

Em Roma tudo se resumia à submissão, à tradição e continuidade:

Historicamente, o espírito doméstico se constituiu, desse modo, no núcleo de onde emergiram a orientação e o sentido dos vários organismos políticos romanos. A ordem privada dos laços de sangue conservou influência no plano do gesto político, fazendo da esfera pública a transposição de elementos ampliados da vida familiar... A esfera política, que deveria ser o ecumênico encontro de homens livres, onde cada qual descobre no outro (*heteron*) o fundamento e o endereço de suas virtudes, acabou asfixiada pelos atavismos autocráticos da órbita particular. Corpo, casa, fórum, assembleias, tudo refletia, da arquitetura ao voto, uma única métrica: *auctoritas*.<sup>92</sup>

Mesmo a famosa distinção entre direito público e direito privado, cuja originalidade foi atribuída a Ulpiano, não tinha maior importância, eis que o ramo do direito público não despertava muito interesse. De destacar que em matéria de fisco as normas de direito público se curvavam à disciplina do direito privado, pois o fisco era tido como patrimônio privado do príncipe.

Além disso, o direito privado era dotado de um notável caráter individualista, aliado à dificuldade em se tratar de associações, malvistas por motivos políticos e por implicarem desafio tácito à autoridade e uma tendência à fragmentação.

Se em Roma o privado prevalecia sob disciplina e autoridade, na Idade

---

<sup>90</sup> PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In PASQUALINI, Alexandre *et al.* **O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, cit., p. 21.

<sup>91</sup> Idem, *ibidem*, p. 22.

<sup>92</sup> Idem, *ibidem*, 22-23.

Média o domínio do privado pertencia à própria conformação econômica e de estilo de vida, em que abundavam despotismos individuais, inexistindo cidadãos, havendo somente vassalos.

Todavia, ressalta Pasqualini,

a esfera privada, no feudalismo, assumiu conotação inovadora que, mais adiante, seria de vital importância para a eclosão do capitalismo: não foi o parentesco ou a consanguinidade o elemento privado dominante nas relações, mas o vínculo vassálico fundado no contrato. No período feudal, mais do que em outra qualquer fase da história, ocorreu o emaranhamento do direito de propriedade com a política e a economia. O sistema de poder do feudalismo foi o sistema econômico de propriedade da terra. A economia era, ao mesmo tempo, a política. A lei da terra, que foi, então, a lei do contrato, transformou-se, também, na lei de todos.<sup>93</sup>

A partir daí, o germe do espírito individualista, centrado na lei da terra, da propriedade e do contrato, sendo que o contrato numa relação lógica de senhor-vassalo, serviu de fundamento econômico ao despertar do capitalismo, com valorização do espírito e esforço particulares e na autonomia.

No universo da liberalização o homem se volta, com exclusividade, ao interesse particular, em um ensimesmamento e individualismo com traços narcisistas:

No liberalismo, já não são as homologias entre o indivíduo e a estrutura social os valores perseguidos, porém, como numa eterna infância, valoriza-se a fase pré-reflexiva, monológica, estágio evolutivo em que os diversos pontos de vista ainda são incapazes de pensar, julgar e agir em uma perspectiva mais ampla do que a do interesse particular. Esse sistema toma partido do contraste entre vida interior e vida exterior para, ao mesmo tempo, consagrar o melhor de suas energias em benefício do primado narcisista da subjetividade. A ágora grega, lugar nobre reservado ao exercício público da palavra, torna-se, no século das luzes, e, sobretudo nos dias de hoje, um espaço frívolo que privilegia o corpo e o movimento, e não o encontro e o diálogo. O individualismo deixa suas marcas no homem e na arquitetura: a pedra e a carne imitam a alma egoísta. As metrópolis cada vez mais beneficiam a velocidade e o deslocamento. Numa linguagem simbólica, há mais ruas do que praças. “Juntos, individualismo e velocidade, amortecem o corpo moderno; não permitem que se vincule. Nos automóveis, a cidade contemporânea procura conforto, segurança, rapidez e solidão. “O corpo em movimento, desfrutando de cada vez mais comodidade, viaja em silêncio: anda para trás do ponto de vista social”. O que o avanço tecnológico poderia aproximar e unir, a lógica perversa do solipsismo separou. Na contramão da sociabilidade, todos os movimentos

---

<sup>93</sup>PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In PASQUALINI, Alexandre *et al.* **O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, cit., p. 28.

organizam-se segundo conveniências econômicas individuais e seguem, via de regra, rumos opostos à noção do público.<sup>94</sup>

Nessa quadra, a ordem jurídica pública é atrofiada para a salvaguarda dos direitos privados, com profunda segregação entre público e privado e uma moralidade dúplice e inconciliável: “se o correto no privado fosse o errado no público, pior para o público”, isto é, o público, principalmente quando estatal, continuava vassalo do privado.

Após esse exame da invasão do domínio privado na esfera pública ao longo dos séculos – bastante sintetizado aqui –, o autor conclui que houve um engrandecimento contínuo da órbita privada, com a “colonização da vida pública pelo microcosmos frio e atomizado dos interesses domésticos”, de modo que se tornou possível afirmar que “o colapso das funções e atividades do Estado hodierno revela a verdadeira fisionomia do que a esfera pública nunca deixou de ser: uma estrutura abstrata a serviço de alguns interesses individuais”.

O movimento presente desde as primeiras épocas foi o de entronização da subjetividade e do individualismo, com rejeição às fases de sucessivas identificações com o outro, de modo a incorporá-lo e enriquecer sua personalidade, individuando-se.

Como ressalta o autor, “esse fenômeno de transformação do não semelhante em semelhante deve exigir, de maneira invariável, a mediação do mundo-com-os-outros em um processo público e racional de concreção da vontade, só ele capaz de solenizar uma esfera de comunicações insuscetível de domínio e, por isso mesmo, partilhada por todos”.

A saída invocada pelo autor, em face da complexidade da atualidade, em que soluções individualistas não mais se sustentam, é o caminho da associação com o mundo exterior, com a fusão das esferas interior e exterior e a conjugação do “cogito” e do “cogitamus”. Afinal, “o eu é o nós e o nós é o eu”:

---

<sup>94</sup> PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In PASQUALINI, Alexandre *et al.* **O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, cit., p. 31-32.

A subjetividade, mais do que a confrontante autossatisfação individual, desenvolve-se, antes, no sentido da reflexão, fruto de uma vontade dialogada e universalizável, produzida por um sujeito não apenas consagrado a si mesmo, mas que, na multiplicidade diferenciada dos seus interesses, descobre que sua própria emancipação depende, em ampla margem, da emancipação da pessoa humana.<sup>95</sup>

A saída pela participação e pela democracia norteadas pela busca do interesse público resulta em verdadeiro exercício de liberdade:

É que não há liberdade sem interesse público. Livre só é o cidadão capaz de universalizar suas máximas de conduta num espaço público aberto ao diálogo. O agir humano há de representar, nos limites do factível, a transição da subjetividade individual para o platô mais elevado da intersubjetividade plenária e universalizável. Eis o motivo por que o individualismo – na sua implícita e recalcada aversão ao outro – se constitui no pecado original da liberdade. Sem dúvida, o maior inimigo da autonomia é o individualista: ele sempre acaba desejando a liberdade – sobretudo a econômica, apenas para si. Pior: o individualista na esfera privada é, no mais das vezes, o demagogo na esfera pública. Neste instante, de novo, o público se torna privado...

---

<sup>95</sup> PASQUALINI, Alexandre. O público e o privado. In PASQUALINI, Alexandre *et al.* **O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, cit., p. 35.

## **PARTE II**

### **A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO DIREITO DE RESISTÊNCIA DO TRABALHADOR**

## 7

## **O primado do postulado individual como modo de aquisição de direitos fundamentais na era moderna e o “direito a ter direitos” de Hannah Arendt**

Como ressalta Fábio Konder Comparato, a “compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral”<sup>96</sup>.

Assim, desde as tragédias gregas até o suplício do genocídio na Segunda Guerra, são a vergonha, o remorso e a perda do orgulho que motivaram os homens à solidariedade e fraternidade, em um movimento de coesão.

A preocupação com a dignidade humana encontrava eco já entre os judeus e, posteriormente, pelo Cristianismo. Foram os gregos, contudo, que se inquietaram com a limitação do poder do governo, mediante a instauração da democracia, fundada em princípios como o da preeminência da lei e a participação ativa do cidadão nas funções do governo (cidadania ativa).

A lei, segundo Aristóteles, visava ao bem comum da comunidade e compreendia sua modalidade particular, variável segundo os povos, definindo-se em relação a estes, e a comum, que seria ligada à natureza. Haveria no ser humano a intuição do que seria justiça ou injustiça, intuição esta comum a todos, fora ou dentro da comunidade. Existiriam princípios morais e religiosos que não se explicariam e não se continham em normas escritas (exemplo: Antígona e a defesa de enterrar seu irmão Polinices).

De Aristóteles, é de se destacar, ainda, a sua concepção de que o homem só nascia e se desenvolvia em sociedade. Não havia nele, portanto, uma prévia

---

<sup>96</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.



admissão de uma liberdade natural do ser humano, o que foi fundamental, quando da revolução francesa para assegurar a necessária individualidade que justificasse reivindicar direitos.

Conforme Norberto Bobbio<sup>97</sup>, sobre o chamado “modelo aristotélico” do pensamento político:

Em síntese: enquanto os indivíduos eram considerados como sendo originariamente membros de um grupo social natural, como a família (que era um grupo organizado hierarquicamente), não nasciam nem livres, já que eram submetidos à autoridade paterna, nem iguais, já que a relação entre pai e filho é a relação de um superior com um inferior (negritos não constantes do original).

Ou seja, paradoxalmente, se Aristóteles reconhecia na lei comum algo que poderia ser identificável como um direito natural, ou como direitos morais, na concepção moderna de Ronald Dworkin<sup>98</sup>, ao mesmo tempo negava a liberdade e a igualdade e assumia uma visão organicista da sociedade.

Os jusnaturalistas, especialmente os que adotaram o viés do contratualismo, foram, entretanto, os que permitiram uma “revolução copernicana” do pensamento político moderno, para que a relação política não fosse mais considerada “ex parte principis” mas sim “ex parte civium”.

Neste sentido, como relata Norberto Bobbio:

Para que pudesse ocorrer esta inversão de ponto de vista, da qual nasce o pensamento político moderno, era necessário que se abandonasse a teoria tradicional, que em outro local chamei de “modelo aristotélico”, segundo o qual o homem é um animal político que nasce num grupo social, a família, e aperfeiçoa sua própria natureza naquele grupo social maior, autossuficiente por si mesmo, que é a pólis; e, ao mesmo tempo, era necessário que se considerasse (embora através de uma hipótese racional que não levava em conta, intencionalmente, a origem histórica das sociedades humanas) o indivíduo em si mesmo, fora de qualquer vínculo social e (com maior razão) político, num estado, como o estado de natureza, no qual não se constitui ainda nenhum poder superior aos indivíduos e não existem leis positivas

<sup>97</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 127.

<sup>98</sup> In RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 44-45.

que imponham esta ou aquela ação, sendo portanto um estado de liberdade e igualdade perfeitas, ainda que hipotéticas. Era necessário que se tomasse como pressuposto a existência de um estado anterior a toda forma organizada de sociedade, um estado originário, o qual, precisamente por esse seu caráter originário, devia ser considerado como o lugar de nascimento e o fundamento do estado civil, não mais um estado natural (como a família ou outro grupo social), mas artificial, consciente e intencionalmente construído pela união voluntária dos indivíduos naturais.<sup>99</sup>

Havia, portanto, como pressuposto da contestação de poder, caracterizada, logo a seguir, nas Revoluções Americana e Francesa, a necessidade de um estado original de natureza de onde proviessem a igualdade e a liberdade como direitos ínsitos ao indivíduo.

Mesmo entre os jusnaturalistas, relacionados desde São Tomás de Aquino e São Boaventura até Hugo Grócio, de índole religiosa, haveria, de cunho teológico e metafísico, um direito anterior ao produzido pelo homem e oriundo de Deus, que justificava a ideia da valorização da dignidade humana e dava azo à resistência legítima do indivíduo.

Destarte, de acordo com Ingo W. Sarlet, a divisão de dois tipos de direito, para São Tomás de Aquino, e a justificação do exercício da resistência:

De particular relevância, foi o pensamento de São Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população. Também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de São Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.<sup>100</sup>

As teorias jusnaturalistas, entretanto, vieram a sofrer um processo de

<sup>99</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, cit., p. 127.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 46.

laicização, pelo trabalho dos filósofos contratualistas, como resultado de uma visão de mundo antropocêntrica e racionalista.

Hobbes e Maquiavel justificaram, dentro da linha racionalista, a presença de um Estado absolutista que garantisse ao indivíduo a paz, ainda que exercendo seu controle por autoridade e temor.

Para Hobbes, o homem era fundamentalmente igual porém o estado da natureza era um estado de medo, de “guerra de todos contra todos”. Como discorre Bruno Konder Comparato<sup>101</sup>, para Hobbes, como “o direito natural é prejudicial aos homens, pois leva à guerra, eles vão se submeter a um direito civil que garantirá a paz. Dizer que no estado de natureza todos têm direito a tudo, significa dizer que ninguém tem direito a nada, pois não há como garantir esse direito. Podemos dizer que, nesse momento, acaba o direito natural e é instituído o direito positivo.”

O soberano, para Hobbes, é aceito como poder supremo, pois vai representar a unidade consentida pelo indivíduo que preferiu abrir mão do medo e do caos do estado da natureza. O direito individual só surgiria no espaço deixado pela lei, em seu silêncio, pois a lei, entendida como mandamento do soberano, era a que prevalecia.

Entre os Estados, entretanto, permanece a guerra de todos contra todos. “Não se trata ainda, portanto, de um desejo de paz universal, mas apenas de uma garantia de ausência de conflitos internos”<sup>102</sup>.

Para Locke e Rousseau, o homem também era livre e igual no seu estado da natureza, porém troca sua liberdade natural e sua vontade particular pela liberdade convencional e moral e pela participação na vontade geral.

A lei não era mais, como para Hobbes, mandamento do soberano, a quem incumbia dar unidade à sociedade, mas fruto da elaboração da vontade coletiva,

---

<sup>101</sup> COMPARATO, Bruno Konder. **A Justificação Política dos Direitos Humanos**. Extraído do site [www.hottopos.com](http://www.hottopos.com).

<sup>102</sup> Idem, *ibidem*.

geral, pelo instrumento da representação, que era una e indivisível, o que expressaria, segundo Bobbio, que “indivisibilidade e unidade é composta não por corpos separados, mas por indivíduos singulares, que contam cada um por um, de acordo com um princípio que, a partir de então, justifica a desconfiança de todo o governo democrático diante da representação dos interesses”<sup>103</sup>.

Com base em Rousseau, é possível identificar, claramente, a inversão da perspectiva “ex parte principis” para “ex parte civium”, eis que o conceito de soberania não coincide mais, como em Hobbes, com o soberano, mais reside no corpo dos cidadãos em comunidade.

Em Rousseau foi importante a afirmação do direito de propriedade em contraposição à posse, sendo o indivíduo tido como depositário do bem público. Segundo Bruno Konder Comparato, “nem é preciso dizer que essa noção de proprietário como um depositário do bem público influenciou de maneira decisiva os teóricos dos direitos humanos quando estes trataram de delimitar o conteúdo dos direitos econômicos e sociais”<sup>104</sup>.

A questão da propriedade como direito natural do homem fazia parte do contexto da inversão “ex parte civium”, na medida em que confrontava a arbitrariedade do soberano. Nesta linha, Bobbio:

Ao contrário do que hoje se poderia pensar, depois das históricas reivindicações dos não proprietários, guiadas pelos movimentos socialistas do século XIX, o direito de propriedade foi durante séculos considerado como um dique – o mais forte dos diques – contra o poder arbitrário do soberano. Foi Thomas Hobbes, talvez o mais rigoroso teórico do absolutismo, que teve a audácia de considerar como uma teoria sediciosa (e, portanto, merecedora de condenação num Estado fundado nos princípios da razão) a que afirma “que os cidadãos têm a propriedade absoluta das coisas que estão sob sua posse”.<sup>105</sup>

A partir dessas ideias jusracionalistas, é possível efetuar a leitura dos principais direitos assegurados da Declaração Francesa, através de seu núcleo dos três primeiros artigos e inclusive seus reflexos na Declaração Universal dos Direitos

---

<sup>103</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, cit., p. 110.

<sup>104</sup> COMPARATO, Bruno Konder. **A Justificação Política dos Direitos Humanos**. Extraído do site [www.hottopos.com](http://www.hottopos.com)

<sup>105</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, cit., p. 108.

do Homem (DUDH), de 1949.

O artigo 1º, de nítida inspiração jusnaturalista, encontrou eco no artigo 10 da DUDH, dispondo que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direito”. Traduzia os conceitos de igualdade e liberdade.

O artigo 2º intuía o conceito de contrato social, mediante o uso da palavra associação e relacionava os direitos naturais e imprescritíveis do homem os quais se pretendia conservar: liberdade, propriedade, segurança e a resistência à opressão (“o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”).

O artigo 3º, segundo o qual “o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação”, consagra a representação política e a formação da vontade geral.

Quanto ao direito de resistência, consistia no retorno à liberdade originária e na desvinculação do dever de obediência.

Para Bobbio, a previsão do direito de resistência era contraditória, pois se trata de um direito secundário, para a tutela dos outros direitos, mas que só ocorre quando já não existe obrigação vinculando o indivíduo e a autoridade do governo.

Talvez fosse assim o mais livre dos direitos naturais.

Portanto,

Juridicamente, o direito de resistência é um direito secundário, do mesmo modo como são normas secundárias as que servem para proteger as normas primárias: é um direito secundário que intervém num segundo momento, quando são violados os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança, que são direitos primários. E também é diverso porque o direito de resistência intervém para tutelar os outros direitos, mas não pode, por sua vez, ser tutelado, devendo portanto ser exercido com todos os riscos e perigos. Num plano rigorosamente lógico, nenhum governo pode garantir o exercício do direito de resistência, que se manifesta precisamente quando o cidadão já não reconhece a autoridade do governo, e o governo, por seu

turno, não tem mais nenhuma obrigação para com ele.<sup>106</sup>

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, não há menção específica ao direito de resistência, mas em seu preâmbulo justifica-se a necessária proteção aos direitos do homem com o fito de evitar-se que “seja obrigado, como última instância, à rebelião contra a tirania e a opressão”. Ou seja, a resistência não se configuraria, propriamente, como um direito, mas como uma necessidade.

A Declaração Francesa, notadamente<sup>107</sup>, foi um produto histórico ligado à reforma protestante, ao culto da personalidade de exceção (do herói que forja o seu próprio destino), revelando-se, essencialmente, como justificação dos interesses econômicos da burguesia que pretendia alcançar o poder político.

Segundo os dizeres de Fábio K. Comparato,

foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. Daí por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (demos), a democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativas, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. Não assim os chamados direitos sociais, ou a reivindicação de uma participação popular crescente no exercício do governo (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo).<sup>108</sup>

Sofreu intensas críticas e em duas frentes. Pela esquerda, em geral, e pelos marxistas, que a consideravam como a defesa concreta da burguesia contra a aristocracia, sem a inclusão do povo propriamente dito. E pelos reacionários e conservadores, que a acusavam de ser abstrata demais, com conceitos vagos, cheio

---

<sup>106</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, cit., p. 109.

<sup>107</sup> Declaração Americana, de 1776, possuiu, indubitavelmente, o mesmo espírito racionalista e individualista de fazer frente ao Estado, contendo a ideia de autodeterminação, porém a Declaração Francesa carregou no espírito individualista e no empenho em prol da fixação de liberdades individuais. Às colônias americanas interessavam, na época, promover o bem comum, à França interessava inaugurar uma nova ordem, valorizando o indivíduo.

<sup>108</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, cit., p. 50-51.

de significados, ora contraditórios.

Por trás dessas críticas estavam duas visões distintas da sociedade, uma (1) organicista, inspirada em Aristóteles e Hobbes, que ressalta a ideia de que o indivíduo perde sua individualidade no meio da sociedade, em favor da unidade (“os indivíduos desaparecem como sombras; só a comunidade é fixa e estável”<sup>109</sup>), e com isso valoriza a soberania, os deveres e a obediência e outra, de índole (2) individualista, influenciada pelos jusnaturalistas, de Grócio a Kant, que propicia a inversão do pensamento político, e que considera que o indivíduo primeiro tem direitos, que são naturais e anteriores aos deveres e ao Estado e que não perde sua individualidade na sociedade, pois esta só se constrói pela reunião de todos, individualmente.

Não há como negar que foi a valorização do indivíduo, passando a ter direitos anteriormente ao Estado, que teve uma importância objetiva de fundamentar a democracia inseparavelmente atrelada ao conceito de direitos do homem, ou seja, apenas a visão individualista da sociedade é que foi capaz de superar a identificação absoluta de soberania e Estado e residir a titularidade da soberania no indivíduo.

De acordo com Norberto Bobbio, a inversão do pensamento político, que permitiu florescer os direitos humanos, nas suas variadas dimensões, é substancialmente sustentada na perspectiva individualista da sociedade:

Dessa inversão nasce o Estado moderno: primeiro liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois democrático, no qual são potencialmente todos a fazer tal reivindicação; e, finalmente, social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam – além dos direitos de liberdade – também os direitos sociais, que são igualmente direitos do indivíduo: o Estado dos cidadãos, que não são mais somente os burgueses.<sup>110</sup>

Kant soube elevar o pensamento jusnaturalista ao máximo, valorizando as ideias da existência de um direito natural e do contrato social, acreditando que o indivíduo trocasse sua liberdade individual pela liberdade civil, e que a compusesse

<sup>109</sup> De acordo com Burke, citado por Norberto Bobbio, na obra **A Era dos Direitos**, cit., p. 115.

<sup>110</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, cit., p. 115-116.

numa vontade geral, tal como Rousseau, mas trazendo como novidade a orientação do indivíduo por princípios morais que estavam internalizados nele no chamado imperativo categórico. Ou seja, é a entronização da razão no indivíduo, o que, em última consequência, leva à possibilidade de se autodispor, sem riscos à sociedade, desde que todos se pautassem pelos mesmos imperativos.

O imperativo categórico é um supremo requisito de moralidade<sup>111</sup> e é o único critério que orienta o indivíduo a saber se sua atuação é desejável ou não à comunidade, levando em conta o ser humano como um fim em si mesmo<sup>112</sup>. O imperativo categórico, assim, é o oposto do imperativo hipotético que se relaciona com os meios.

O pensamento de Kant, como ápice do contratualismo, permite intuir um grau de autonomia individual que é compatível com a solidariedade e, por consequência, com as ideias democráticas, eis que presente com intensidade a noção de uma solidariedade social.

Não há apenas uma ideia de autonomia centrada no individualismo, mas na individualidade, isto é, na valorização do ser humano como capaz de autodeterminação e de reação segundo sua razão e moralidade. Em Kant, o cidadão se integra à comunidade universal e há um direito cosmopolita, no sentido de que a violação percebida em um ponto da Terra é sentida em todos os outros. Há, desta maneira, liberdade de se autodirecionar mas também fiscalização e meios de controle, ou seja, a evolução perfeita de um sistema democrático.

Apesar de o suporte filosófico dos jusnaturalistas, em suas variadas vertentes, mas especialmente no contratualismo, ter servido ao liberalismo em sua formulação primitiva, sem limites e fulcrado na liberdade meramente formal, eis que a sociedade de mercado exigia liberdade de ação dos agentes econômicos, não se pode negar que também se prestou a dar suporte a todo o tipo de movimento revolucionário e de reivindicação pautados em conceitos como o de liberdade e igualdade materiais, no

---

<sup>111</sup> Kant desenvolve sua filosofia moral em três obras: **Fundamentação da metafísica dos costumes** (1785), **Crítica da razão prática** (1788) e **Metafísica dos costumes** (1798).

<sup>112</sup> Verifica-se que a mesma ideia, hoje, está presente no conceito de dignidade da pessoa humana, que é vista como um fim em si mesmo e não um meio para se atingir algo.



direito de reunião e associação, consequência do direito à liberdade e à manifestação.

Neste sentido, verifica-se que o Estado, tão logo superado o modelo absolutista e cooptado o poder pela burguesia, tratou de diminuir o campo de interação social, repudiando quaisquer fontes normativas de Direito que não a centralizada no Estado.

Adotava-se, assim, um monismo jurídico, que justificava um maior controle social e que não reconhecia o contrato como fonte formal de Direito<sup>113</sup>. O ordenamento jurídico é visto, sob o dogma da completude, como um sistema fechado, reconhecidos como produtores do Direito tão somente os autorizados pela estrutura formalmente reconhecida, de acordo com regras autorizadas de competência.

O Direito é estudado sob um prisma positivista, que prima pela segurança jurídica e se aparta de qualquer critério dito não científico à luz de uma teoria pura. Assim, por exemplo, o entrelaçamento do Direito com outros ramos, tais como a Sociologia, a Ciência Política, a Antropologia e as Ciências Sociais, de modo geral é afastado, para que o jurista e o intérprete possam exercer sua atividade hermeticamente, sem conspurcar-se além do sentido da lei.

O próprio Judiciário e a interpretação nele operacionalizada não visam a criar o Direito, ajustando-o aos fatos sociais, mas buscam somente declarar o sentido oculto na legislação, numa operação de subsunção.

Voltou-se, assim, a uma visão organicista da sociedade, mediante o ordenamento jurídico e a figura central do Estado, onde se situavam como conceitos importantes e garantísticos o da centralidade e proeminência da lei e o da supremacia do interesse público, que se incorporaram ao Direito Administrativo, por derivação.

---

<sup>113</sup> Há de se ressaltar que Hans Kelsen, em sua **Teoria Pura do Direito**, relaciona o contrato como norma individual.

Porém, o interesse público e a lei, em sua materialidade, tinham por escopo resguardar o livre comércio e os interesses da burguesia. Não chegavam, pelo menos em um primeiro momento, a buscar a efetividade social e igualitária. Restringia-se a defender a liberdade de comércio e propriedade e para tanto se utilizava do Poder de Polícia. Não mais que isso.

No entanto, se a defesa da liberdade e da não interferência estatal cumpriram a finalidade de possibilitar o livre exercício do comércio e a liberdade dos agentes econômicos, de outra parte, os valores firmados com os filósofos jusnaturalistas, acrescidos aos que foram incorporados pelos novos movimentos sociais, tais como os socialistas, marxistas, anarquistas, dentre tantos outros, germinaram a ponto de provocar um movimento de resistência quando as questões sociais eclodiram e não se resolveram apenas pelo livre curso da “liberdade” dos contratantes.

Veio aí surgir um novo tipo de autonomia, a autonomia privada coletiva, como modo de reivindicação e exercício da resistência, a fim de se firmar um novo Direito, mais justo.

A inversão política do pensamento, como citado por Norberto Bobbio, propiciou, além dos fatores científicos e intelectuais próprios ao sistema capitalista e à burguesia, meios para que os trabalhadores exercessem suas liberdades, notadamente àquela ligada à resistência e ao “direito a ter direitos”, forçando a democratização social.

Toda vez que um sistema político abafa e suprime a individualidade acaba por assinar sua sentença de morte. O liberalismo, em sua versão primeira, embora não aparentasse, por ser quem formalmente valorizasse a liberdade, exercia rígido controle e não provocava verdadeira igualdade. Acabou por se fragmentar em suas bases, assim como ocorreu, tempos depois, com o sistema nazi-fascista, em que, pelo excesso do formalismo positivista e uma visão invertida de poder, desvinculada de fins e valores humanos, gerou um Estado caótico de terror, que propiciou, por vias indiretas, um novo ressurgir dos valores humanos.

Nesse sentido, a contribuição filosófica de Hanna Arendt, com a defesa do

acesso do indivíduo ao espaço público comum, e a legitimação do poder não pela força coativa, mas pelo “direito de associação” (“a questão da obediência à lei não se resolve pela força, como afirma a tradição, mas sim pela opinião e pelo número daqueles que compartilham o curso comum de ação expresso no comando legal”<sup>114</sup>)

O direito de associação, assim, dentro da perspectiva “ex parte populis”, é transformador e instaurador da autoridade e é gerador de uma nova comunidade política, fundada em verdadeira soberania popular.

Aliado ao direito de associação, Arendt situa o direito à informação que dá transparência ao que é da esfera pública, vinculando-se à democracia e permitindo o exercício da cidadania. Em contrapartida, na esfera privada, o indivíduo deve ser dotado de proteção à sua intimidade (direito à intimidade), naquilo que “é exclusivo do ser humano na sua individualidade e que, não sendo de interesse público, não deve ser divulgado”<sup>115</sup>.

O esforço de Hannah Arendt, portanto, foi o de tentar extrair juízos universais que explicassem o particular das atrocidades cometidas na Segunda Guerra, inspirando-se, neste intento, em Kant, e no uso de juízos reflexivos e racionais.

Dentre os juízos que interessam ao tema desse trabalho estão: o da cidadania concebida como o “direito a ter direitos”, pois os direitos são o construído a partir do acesso igualitário a uma comunidade política; o direito à associação como legitimação do poder; o direito à informação como requisito para manutenção do espaço público, aliado ao direito à intimidade, como preservação da vida na esfera privada.

Ora, voltando a pensar em negociação coletiva e utilizando-se das ideias introduzidas neste tópico, a eficácia da relação dialógica, seja dos sujeitos do capital e do trabalho, seja do agente público e do Estado depende, sem dúvida, de uma inversão do pensamento, ou seja, é necessária uma postura de equalização e de vislumbrar os direitos fundamentais como pauta mínima, só restringível em face de

---

<sup>114</sup> LAFER, Celso. **Hannah Arendt. Pensamento, Persuasão e Poder**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 117.

<sup>115</sup> Idem, *ibidem*, p. 121.

ponderação e qualificação em torno de outros direitos de mesma ordem (posto que, como antes ressaltado, não se concebe mais direitos absolutos).

Se a própria Constituição introduziu a gramática de proteção aos direitos humanos e sendo certo que os direitos fundamentais sociais se enquadram nesta categoria, não haveria porque se pensar numa relação em que, a priori, uma das partes tivesse que estar inferiorizada. Assim, tanto o trabalhador, representado coletivamente pelo sindicato (e, quiçá, futuramente, por federações, confederações ou centrais sindicais), como o servidor público, por suas associações sindicais, devem estar aptos para ter “direito a ter direitos” e exercê-los perante o empregador ou a Administração.

A negociação coletiva, portanto, insere-se como instrumental para a participação política, pois viabiliza o acesso igualitário a questões de poder diretamente influenciáveis na relação profissional dos trabalhadores.

É a negociação meio legitimado de associação e de exercício de liberdade, como modo de legitimação e eficácia do poder.

Porém, para tanto, é necessário o direito à informação e à transparência. Informação, de modo geral, pode-se traduzir também como educação política, a qual, sem prescindir de bases teóricas, requer prática e experiência.

Outra ideia que está embutida na inversão de pensamento capaz de provocar e legitimar a negociação coletiva, assim como a greve, é a do direito de resistência em movimento relacional com o exercício do direito à liberdade.

## 8

## **A fundamentação da negociação coletiva do servidor público com base no direito de resistência do trabalhador**

É possível qualificar a resistência, com Márcio Túlio Viana, como sendo os movimentos para se manter o direito posto e também com aqueles direcionados a inaugurar novo catálogo de direitos quando não mais legitimados na ordem atual<sup>116</sup>.

A partir desta associação de ideias é plausível advogar que o direito de resistência atua dentro e fora da ordem jurídica positivada e está vinculado à eficácia desta, reconhecida ou repudiada.

Tem a ver com a efetivação do direito à liberdade e correlaciona-se com a concretização da cidadania.

Liberdade e cidadania parecem ser o que informa a resistência como direito.

A liberdade, como dito por Maria Garcia, é muito mais que “uma consequência da limitação técnica que afecta a disciplina positiva da conduta humana”, como definido por Kelsen em sua “Teoria Pura”. É a possibilidade de agir compreendida como o âmbito da existência humana. “E é nesta compreensão da liberdade que se entrecruzam as imensas possibilidades, por sua vez, da realização, ou melhor, do desenvolvimento integral da personalidade humana”<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Importante ressaltar que o movimento para manter o direito possui, por sua vez, duas vertentes, como explicitado na seguinte anotação de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira ao artigo 21 da Constituição da República Portuguesa: “O direito de resistência compreende dois aspectos: (a) não cumprir qualquer ordem desde que ela seja ofensiva de um dos direitos, liberdades ou garantias; (b) repelir pela força qualquer agressão, no caso de não ser possível recorrer à autoridade pública. Com efeito, os direitos, liberdades e garantias valem directamente perante as entidades públicas (art. 18º-1). A resistência a uma ordem tanto pode ser passiva ou negativa (consistindo em não fazer o determinado pelo mandante de uma ordem), como activa ou positiva (consistindo em fazer o interdito por quem dá a ordem).” (CANOTILHO J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Artigos 1º a 107. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. 1, p. 420-421).

<sup>117</sup> GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 65.

A liberdade possui dimensões que vão além da mera passividade do Estado ante o comportamento do cidadão e comporta, também, a capacidade do indivíduo de exigir prestações positivas. Neste prisma, associa-se à efetivação do direito à igualdade em sentido material, exigindo a promoção da isonomia entre os cidadãos sujeitos a uma mesma ordem normativa, para que a eficácia da liberdade ocorra em sentido vertical e horizontal.

Não é, assim, somente a esfera delimitada da atuação do Estado e do indivíduo, mas a possibilidade deste escolher entre comportamentos.

Como afirmado por Joaquim José Gomes Canotilho, citado por Maria Garcia,

os direitos de liberdade não apresentam uma configuração simples: a concepção atual aponta-lhes, ademais da sua aceção como direitos negativos, como direitos de defesa, como direitos à abstenção do Estado, também uma “componente positiva”, no sentido de um “direito a acções ou prestações do Estado, de modo a garantir as condições de exercício das próprias liberdades”.

Essa liberdade, positiva e negativa, ante o Estado e em relação aos particulares, portanto, vertical e horizontalmente direcionada e que possibilita escolher, deve ter seu curso orientado pelo atendimento a valores consensualmente estabelecidos e que, usualmente, revestem-se em regras e princípios constitucionais.

O direito de resistência pode ser tido como o mais livre dos direitos naturais, pois não se prende às amarras do ordenamento posto e seria aparentemente contraditório fazê-lo<sup>118</sup>. É um direito selvagem, pois se prende à rebelião em certas situações.

Contudo, essa contradição é, na maior parte das vezes, realmente aparente, eis que, expressamente ou de modo implícito, a resistência admitida como desobediência civil está presente como valor, fato e norma no sistema jurídico,

<sup>118</sup> Há, contudo, legislações que reconhecem expressamente o direito à resistência, como a Constituição Portuguesa, no artigo 21º: “todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

aproveitando os conceitos do culturalismo e do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale.

Tal presença justifica-se como proteção à ordem jurídica, como opressão ao abuso de poder, como garantia de eficácia e legitimidade do ordenamento e vincula-se ao escopo maior do homem, que é a realização da Justiça como ideal de felicidade humana.

Assim, como resguardo da ordem, verifica-se em Maria Helena Diniz que

o direito de resistência não é um ataque à autoridade, mas sim proteção à ordem jurídica, que se fundamenta na ideia de um bem a realizar. Se o poder desprezar à ideia de direito, é legítima a resistência, porém será preciso que a opressão seja manifesta, intolerável e irremediável.<sup>119</sup>

Em outro trecho, quanto à legitimidade afrontada da ordem jurídica como justificativa da resistência, a mesma autora preleciona:

A resistência é legítima desde que a ordem que o poder pretende impor seja falsa, divorciada do conceito ou ideia de direito operante na comunidade. Seria uma legítima defesa do cidadão de insurgir contra a pretensão do governante de erigir em direito positivo preceitos contrários às ideias morais e sociais do grupo. A desobediência civil é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, a ilegitimidade e a invalidade da lei e com o fim mediato de induzir o poder a mudá-la. Daí ser um ato inovador e não destruidor.<sup>120</sup>

Embora evidenciado, pela autora, a resistência contra a autoridade e o Estado — o que assume especial relevância no corpo deste trabalho, quando se trata de justificar a viabilidade da negociação coletiva (assim como a da greve), na seara de direitos fundamentais do servidor público — em face da eficácia horizontal dos direitos e como o empregador posiciona-se, na maioria das vezes, equivalentemente ao poder estatal, no que se refere ao exercício unilateral e até despótico de suas faculdades, a mesma característica de afronta à ausência da legitimidade e como proteção à ordem jurídica pode ser aquilatada na relação entre os particulares, empregado e empregador, quando o primeiro resiste ao segundo.

---

<sup>119</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 103.

<sup>120</sup> Idem, *ibidem*, p. 102.

Essa é a razão por que Márcio Túlio Viana conclui que o direito de resistência é direito fundamental exercitado quando há ofensa ao direito de liberdade do trabalhador<sup>121</sup>.

Ora, como vimos, o empregador que excede os limites do poder diretivo ofende, em regra, o direito fundamental contido no art. 5º, II, da Constituição. Deste modo, ao resistir a essa ofensa, o empregado exercita outro direito fundamental.

E, em outra passagem:

Por tudo isso, e arrematando o nosso pensamento, podemos concluir que, seja qual for o direito que socorra, o *ius resistentiae* é uma garantia fundamental do trabalhador. E garantia das mais importantes: basta notar que o seu oposto é a submissão, sinônimo de dignidade perdida.<sup>122</sup>

Na correlação entre direitos à liberdade e à resistência, como direitos fundamentais reflexos, é relevante o pontificado de José Afonso da Silva de que a liberdade direciona-se à realização da felicidade pessoal<sup>123</sup>:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: *liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Mais adiante, no decorrer dessa dissertação, quando se tratar da contratualização da função pública, pretende-se efetuar um comparativo entre os elementos tradicionais do contrato de trabalho, dentro do Direito do Trabalho, e aqueles da relação, na maior parte das vezes, estatutária do servidor público, de modo que a mesma dinâmica que existe em um é passível de ocorrer na outra. Quanto ao exercício do poder de direção e comando do empregador, quando atua nos espaços livres é, no tocante à relação agente público e Estado, de se perquirir sobre a limitação de tais condições pelo ordenamento jurídico em relação ao “empregador” Estado.

<sup>122</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador**. São Paulo: LTr, 1996. p. 78-79.

<sup>123</sup> Obviamente que a felicidade aí é destacada, no prisma da resistência, sob um aspecto individual. Em se tratando de relação dialógica, servidor e Estado (assim como empregado e empregador, em grau de intensidade talvez menor), há que se fazer uma acomodação entre o interesse particular do servidor ou coletivo do grupo com o bem comum. Muitas vezes, como se pretende explorar no decurso desse trabalho, o bem comum é resultante da proteção do interesse particular ou coletivo, em outras é resultado da proteção do interesse do Estado ou até mesmo de terceiros. No entanto, parece pertinente transcrever certo trecho de obra de Dalmo de Abreu Dallari, em que a conceituação de “bem comum” caminha no sentido de se proteger a dignidade da pessoa humana:

“Um conceito extremamente feliz de bem comum, verdadeiramente universal, que indica um valor reconhecível como tal por todos os homens, sejam quais forem as preferências pessoais, foi assim formulado pelo Papa João Paulo XXIII: “o bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que existam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24).

<sup>124</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, p. 212.



Porém não é uma felicidade pessoal egoística, pois se exige a “coordenação consciente dos meios necessários”, circunstância que se atinge em um meio isento de ignorância ou de restrições, de onde se intui que ocorre o pressuposto de que a liberdade é praticada em um regime de igualdade de oportunidades e participação. Continuando com José Afonso:

Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade: é *poder* de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas *em busca*, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. E aqui aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política. Assim, p. ex., deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade etc. Desse modo, também, na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um.

A isonomia, como *cediço*, é o próprio fundamento do Direito do Trabalho e a “melhoria da condição social do trabalhador”, “*caput*”, do artigo 7º da Constituição da República, é capaz de ser traduzida pela busca incessante da felicidade do trabalhador.

Neste diapasão, a expressão “trabalhador” não pode ficar adstrita ao universo restrito dos que cedem sua mão de obra num regime de direito privado, açambarcados pela Consolidação das Leis do Trabalho. O comando do artigo 7º, “*caput*”, irradia-se e se espraia como valor para todas as modalidades de trabalhador, prescindindo de expressa manifestação do legislador constitucional.

Os direitos à liberdade e à isonomia ligam-se, por conseguinte, à resistência como tendência à realização pessoal.

Por derivação da mesma ordem de ideias, o direito de resistência, também no âmbito do Direito do Trabalho – conceito extensível ao agente servidor público – é

---

resultante das noções de Justiça Social<sup>125</sup> e democracia participativa.

Pela resistência permite-se ao trabalhador avançar o Direito, alargando seus limites. Como a hierarquia das normas trabalhistas é dinâmica, não se fundando em uma estrutura piramidal e estática de normas, a movimentação do trabalhador, individual e, com mais efetividade, no exercício coletivo, torna possível “pôr o Direito” sob bases mais justas ou aplicá-lo sob as mesmas medidas.

Na seara das relações Estado-servidor, a negociação coletiva deve funcionar como novo modo de exercitar-se a função normativa estatal, em conjunto de esforços, em uma base mais justa para “pôr o Direito” novo em medidas adequadas.

Nesse diapasão, também a hierarquia das normas trabalhistas regentes da situação do servidor público é dinâmica, pois o fruto do consensualismo proveniente da negociação coletiva tem fundamento na própria Constituição Federal e sua normatividade e pode prevalecer sobre a lei, quando esta não tiver o mesmo embasamento na força irradiadora da Lei Maior. O que se quer dizer, mais especificamente, é que não há porque se interpretar o princípio da legalidade estritamente se inexistentes outros elementos de âmbito constitucional a serem preservados. A Lei também deve repousar na Constituição.

É premente, portanto, rever o mito do princípio da legalidade como impedimento à negociação do servidor público.

O movimento dinâmico de alargamento das fronteiras, sob aspecto de exercício coletivo do direito da resistência, faz-se pela greve e pela negociação coletiva.

A primeira configura instrumento de autotutela e identifica-se mais facilmente com a resistência, até porque não deixa a greve de ser, além de faculdade jurídica reconhecida, um modo de exercício da legítima defesa.

<sup>125</sup> As concepções de justiça e felicidade social, aliás, relacionam-se, por seu turno: “A propósito da ideia de Justiça, Kelsen – que não afasta a exigência de que o direito seja justo, “exigência incontestável” – também trata da ideia de felicidade, “a justiça, como felicidade”, demonstrando que a justiça é a felicidade social; é felicidade garantida por uma ordem social” (GARCIA, Maria. **Desobediência Civil – direito fundamental**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 67).

A segunda, embora conhecida como instrumento de autocomposição, visa tradicionalmente ao confronto dos anseios dos trabalhadores com a resistência do capital, ou de outro modo, dos interesses particulares do servidor com a ordem autoritária.

A negociação coletiva revela, desta maneira, a eficácia horizontal da resistência<sup>126</sup> e é a admissão, pelo legislador constitucional, de que os corpos sociais são capazes de influir na formação do Direito, participando nas decisões empresariais. Assim, portanto, os artigos 7º, XXVI, e 8º, VI, da Constituição, são indicativos do direito de resistência na seara do direito trabalhista, ainda que por vias reflexas.

Não obstante a falta de menção expressa à resistência pelo legislador maior brasileiro, é direito que deflui de vários dispositivos constitucionais, consistindo em direito fundamental quando se refere a colocar o direito novo, alargando os horizontes trabalhistas, e garantia fundamental quando tem por fito assegurar o primado da lei.

Este último aspecto, o da garantia do primado da lei, é, entre outros pontos, atestado por Márcio Túlio Viana, quando discorre sobre o direito de ação:

É que a Constituição resguarda o direito de ação. E esse preceito, longe de negar o direito de resistir, na verdade, o reafirma. Basta observar, mais uma vez, o que há por detrás das palavras: não é pura e simplesmente, a vontade de assegurar o acesso aos tribunais, mas, antes e mais do que isso, a vontade de garantir o primado da lei. Ora, tanto na hipótese de legítima defesa, como na do *ius resistentiae*, o direito está em perigo atual ou iminente; por isso mesmo, o aparelho judicial pode ser ineficaz para protegê-lo. Deste modo, as mesmas razões de Estado que proíbem a defesa privada como regra a admitem – e, mais do que isso, a exigem – como exceção, toda vez que se fizer necessária.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> É justificado crer que, em se tratando da posição do Estado em relação aos seus trabalhadores, aquele desça de sua especial posição para igualar-se, tal como acontece na disciplina dos contratos públicos em que o Estado posiciona-se em regime de igualdade, à exceção de algumas cláusulas exorbitantes previamente explicitadas pelo ordenamento jurídico e não predefinidas com base numa qualidade distinta de uma das partes. Aliás, a doutrina da personalidade jurídica do Estado em muito ajudou a inteligência desta nova postura.

<sup>127</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador**, cit., p. 79.

A falta de menção expressa, por conseguinte, é o que menos importa, pois a interpretação sistêmica e em unidade da Constituição permite alcançar o direito de resistência, como fundamentação geral da negociação coletiva, inclusive a do agente servidor público.

Primeiramente, porque o direito de resistência soa como naturalmente contraditório à sua especificação nos diplomas jurídicos, pois o reconhecimento da desobediência implica automaticamente admitir o direito, deixando de existir, por corolário, desobediência.

Entretanto, pensa-se não ser possível afirmar que só exista exercício de resistência pelos instrumentos não especificados pelo Direito. A greve, admitida em nosso ordenamento e em tantos outros é meio legítimo e reconhecido de resistência. Do mesmo modo, a negociação coletiva, o direito de ação (e o de petição, como defende Maria Garcia), as próprias garantias ao direito de liberdade, dentre outros<sup>128</sup>.

Segundo, porque possível identificá-lo com aqueles outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou tratados internacionais adotados, consoante o artigo 5º, § 2º, do texto constitucional.

O direito de resistência está, destarte, integrado ao “bloco de constitucionalidade”, referido por Canotilho, e o artigo 5º, § 2º, posiciona-se como cláusula constitucional aberta, que permite a entrada de outros direitos e princípios não originariamente relacionados ao texto constitucional.

Como derivação de seus reflexos, eis que resistência e liberdade são

---

<sup>128</sup> Efetua-se esta observação à vista da seguinte anotação de Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira sobre o artigo 21 da Constituição da República Portuguesa: “Todavia, a Constituição não especifica as formas ou modalidades do **exercício do direito de resistência**. É evidente que não são as formas do direito de resistência aqui reconhecido as medidas ou ações constitucionalmente permitidas (manifestações, greves, demissões dos cargos, exposições e protestos), as quais representam apenas formas de exercício de direitos, liberdades e garantias, constitucionalmente legítimas. Jurídico-constitucionalmente, o direito de resistência existe apenas quando se verificam comportamentos dos cidadãos que, normalmente e em si mesmos, são ilícitos e inconstitucionais, e que apenas em virtude do direito de resistência beneficiam de uma *causa especial de justificação*. Dado o caráter extraordinário das formas de exercício do direito de resistência, compreende-se que não haja na CRP qualquer tipificação delas. Uma manifestação especial de direito de resistência pode ver-se no art. 271º-3 (desobediência hierárquica).” (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, cit., p. 421).

conceitos intrínsecos, o direito à negociação coletiva para o servidor público, ainda que não pudesse justificar-se de outro modo, contém embasamento como valor implicitamente acolhido pelo diploma constitucional de 1988.

## 9

## O Pluralismo Jurídico e a negociação coletiva como desenvolvida no Direito Coletivo do Trabalho

### 9.1 Autonomia Coletiva dos particulares como fonte no Direito do Trabalho

Amauri Mascaro Nascimento, a respeito do conteúdo e dimensão da autonomia privada coletiva, aponta a existência de duas concepções: uma restrita e outra ampla.

Em sua acepção restrita, a autonomia privada coletiva “envolveria o poder normativo dos particulares, seu procedimento (a negociação coletiva) e o seu resultado (normas coletivas do trabalho)”<sup>129</sup>.

A acepção ampla considera-a como

um princípio que fundamenta tanto a negociação coletiva como a liberdade sindical e a autotutela dos trabalhadores. Abrangeria, assim, o poder de instituir normas e condições de trabalho (poder normativo) e a liberdade de constituição, organização e atuação das associações sindicais (incluindo-se a greve e os demais métodos de autotutela), independentemente de autorização prévia do Estado e sem interferência deste.<sup>130</sup>

Para o desenvolvimento do tema proposto, preferiu-se, nos próximos itens, uma análise do assunto a partir de uma abordagem ainda mais concisa sobre a acepção restrita, estudando somente a capacidade normativa dos particulares para a formação do Direito Coletivo do Trabalho.

Assim, encontrar os fundamentos da autonomia privada coletiva, ligados às ideias do pluralismo jurídico e da democracia participativa, bem como entender

---

<sup>129</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 147 (grifos não constantes do original).

<sup>130</sup> Idem, ibidem (grifos não constantes do original).

como é o processo de produção jurídica, se há apenas um centro produtor jurídico ou se é possível aos organismos sociais colaborar nessa produção, ou seja, estudar o confronto do monismo jurídico e do pluralismo jurídico.

Neste caminho, efetuou-se uma análise de quem são os particulares autorizados a exercer a normatividade autônoma no ramo do Direito do Trabalho, a partir do ordenamento jurídico em vigor, consistente na Constituição Republicana de 1.988, nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho - OIT, na Consolidação das Leis do Trabalho, além de examinar, ainda que perfunctoriamente, o projeto de reforma sindical (Anteprojeto de lei de reforma sindical e proposta de emenda à constituição, enviados pela Presidência da República ao Congresso Nacional, em 2005) e a atual Lei n. 11.648, de 31.3.08.

## 9.2 Monismo jurídico “*versus*” pluralismo jurídico

O artigo 22, I, da Constituição Federal dispõe: “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

Entretanto, é relevante saber se realmente compete exclusivamente ao Estado o poder de criar normas jurídicas na área trabalhista ou existirão outros centros de positivação na sociedade?

Atrás desta pergunta há um embate histórico de diversas teorias jurídicas englobadas em correntes chamadas de monistas e pluralistas do Direito e que revelam, no fundo, a alternância do valor da autoridade ou da liberdade como fundamento do sistema jurídico.

Para as correntes monistas, com fundamento em Aristóteles e Hobbes, a autoridade é o que fundamenta a sociedade e o direito, sendo ilimitados os fins do Estado, sem manifestação fora dele.

Para as correntes pluralistas, a ideia é a valorização da liberdade e a limitação da autoridade do Estado.

Não se quer dizer com isso, entretanto, que o pluralismo seja o ideal de justiça social, pois, por exemplo, a idade média era perfeito exemplo de uma ordem jurídica pluralista, porém nem por isso equitativa e participativa. Por outro lado, a sociedade subsequente à revolução francesa e aquela que se formou com a idade moderna valorizavam o Estado como centro de produção jurídica, mas isso não implicava também conceber que houvesse igualdade material naqueles que se subordinavam à soberania estatal.

As correntes monistas, contudo, baseavam-se no dogma da completude do ordenamento jurídico como sistema fechado, em que qualquer autonomia era concessão ou tolerância tácita do Estado, sendo que o negócio jurídico não era considerado como fonte de normas jurídicas<sup>131</sup>.

Com o passar do tempo, as teorias pluralistas tenderam a prevalecer, em face principalmente da incapacidade dos códigos de fazer frente à dinâmica social, que se tornava complexa com o surgimento de organismos sociais que se revelavam cada vez mais autônomos.

O pluralismo jurídico, portanto, tratava de negar o Estado como fonte única e exclusiva do Direito positivo assim como repudiava a existência de uma hierarquia qualitativa entre os diversos ordenamentos (à exceção, como ressalta Ronaldo Lima dos Santos, a teoria pluralista da graduação da positividade jurídica, com a defesa de uma pluralidade de ordenamentos com a supremacia do ordenamento jurídico estatal<sup>132</sup>).

---

<sup>131</sup> É de se ressaltar que Kelsen, notório positivista que fazia residir no Estado o centro da produção jurídica numa estrutura escalonada de normas em que Estado e Ordem Jurídica se identificavam, adotava o negócio jurídico como centro criador do Direito. Sem maiores aprofundamentos, parece que a questão é semelhante a que se aborda no Direito do Trabalho quanto a saber se o contrato de trabalho é fonte normativa formal, ou não. Alguns reputam possível o enquadramento, outros não, como aborda Alice Monteiro de Barros, no seguinte trecho: “Sustentam alguns que as disposições surgidas no contrato de trabalho carecem de **generalidade e abstração**, pois só alcançam as partes (Santoro-Passarelli). Logo, para essa corrente, a autonomia negocial não constitui uma fonte de direito (Renato Scognamiglio). Assim, o contrato individual de trabalho não é fonte do Direito do Trabalho, segundo seus defensores, pois só produz efeitos entre as partes, e não em relação a terceiros; ele é fonte de obrigações, mas não é fonte de direito. Para essa corrente, o mesmo não acontece quando se **trata de autonomia coletiva**, pois as regras que surgem de uma convenção coletiva são geradoras de normas abstratas para uma determinada categoria” (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 125).

<sup>132</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 51-53.



De igual maneira, as correntes pluralistas, quando do liberalismo econômico que se seguiu à revolução francesa, tratavam de negar o dogma da autonomia individual da vontade.

Fizeram parte das correntes pluralistas, dentre outras, as teorias pluralistas sindicalistas que tiveram a ideia de conceber a associação ou organização sindical como centro de positivação jurídica (e a partir daí o reconhecimento pelo Estado da eficácia normativa das convenções coletivas além da esfera de seus associados).

Floresceram diversas teorias pluralistas, como as sindicalistas reformistas, as anarco-sindicalistas, o corporativismo, a teoria da instituição, o normativismo de Norberto Bobbio e a teoria da graduação da positividade jurídica (entre nós adotada por Miguel Reale e Otávio Bueno Magano), porém a que veio a prevalecer foi justamente esta última que entende possível a ocorrência de uma pluralidade de ordenamentos sempre que submetidos à supremacia do ordenamento jurídico estatal.

Sobre a teoria da graduação da positividade jurídica, Ronaldo Lima dos Santos opina o seguinte:

Um verdadeiro pluralismo jurídico, no entanto, resolve-se por uma harmonização dos diversos centros de produção jurídica, na qual as normas mantêm intercâmbio por intermédio de diferentes formas de relacionamento e encontram mecanismos estruturadores das suas relações de coordenação, de integração, de complementação, de suplementação e de subordinação, numa dinâmica de fluxos e influxos, em que o ordenamento estatal figura como um centro especial de produção jurídica, em interação com as demais fontes normativas, num ciclo relativo de interação contínua, interdependência e autolimitação.<sup>133</sup>

O ordenamento jurídico não pode ser visto como um sistema fechado, tal como preconizado pelo Positivismo Jurídico, pautado no dogma da onipresença estatal, onde inexistentes lacunas em face da dinâmica social que sempre gera novos fatos e situações.

Na verdade, o sistema jurídico funciona mais proximamente a um sistema aberto, que molda e é moldado pelo meio social envolvente, que serve à ordem

---

<sup>133</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas*, cit., p. 57.

social e por ela é servido, consistindo de uma pluralidade de fontes de poderes na sociedade e centros de produção jurídica, numa dinâmica circular:

Dentro de uma concepção sistêmica, a ordem normativa se apresenta como um todo em que seus elementos são distribuídos por uma estrutura interacional, de mútua e interdependente imbricação, de modo que toda e qualquer parte do sistema está relacionada com as demais, e a mudança em uma delas repercute em todo o sistema. A norma estatal mantém intercâmbio com todas as demais normas do sistema, adquirindo uma posição equiparável com a de qualquer outra norma, com elas mantendo intercâmbio e estabelecendo relações recíprocas. Elas interagem num fluxo retroalimentador, criando-se e recriando-se umas a partir de outras, num movimento simbiótico e de interdependência vital.<sup>134</sup>

No caso do Direito Coletivo do Trabalho em que se adota um critério flexível de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador essa coordenação sobressai<sup>135</sup>.

A se falar em relacionamento de servidor público e Administração o critério flexível também pode ser adotado, desde que conjugado com a normatividade constitucional. Como ressaltado por Ronaldo Lima dos Santos, é necessária a harmonização dos diversos centros de produção jurídica.

### 9.3. Pluralismo na Constituição Federal

A ideia do pluralismo foi adotada com ênfase na Constituição Federal, apesar da aparente orientação monista do artigo 22, I, do texto constitucional.

Assim, evocam o pluralismo os seguintes dispositivos da Carta Política:

- preâmbulo: quando afirma que o Estado Democrático de Direito tem como valor supremo uma sociedade pluralista comprometida com a solução pacífica das controvérsias;
- artigo 1º, IV: pluralismo político;
- artigo 17: pluralismo partidário;
- artigo 206, III: pluralismo de ideias e concepção pedagógica;

<sup>134</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**, cit., p. 69.

<sup>135</sup> Maurício Godinho Delgado, neste aspecto, coloca o princípio da adequação setorial negociada como limite do ordenamento à possibilidade de utilização da negociação coletiva.

- artigo 170: pluralismo econômico;
- artigos 215 a 217: pluralismo cultural;
- artigo 220, § 5º: pluralismo dos meios de informação.

Quanto ao pluralismo na criação de normas jurídicas pelos grupos sociais e/ou representantes, há embasamento no artigo 7º, XXVI, VI, XIII e XIV, além do reconhecimento da negociação coletiva no artigo 8º, VI.

Além disso, a ideia de valorização da dignidade da pessoa e consequentemente da liberdade traz incorporado o respeito ao pluralismo e a possibilidade de o indivíduo participar na formação da vontade coletiva, como parte do regime democrático.

Assim, a Constituição adotou um ideal de democracia não apenas representativa, mas também participativa, fundada na ideia da soberania popular e na colaboração na formação da vontade coletiva, até mesmo porque é reconhecido que hoje há uma crise da democracia representativa, a qual pode ser evidenciada por aspectos formal (desproporcionalidade da representação populacional no Congresso Nacional) e material (os partidos políticos não demonstram capacidade de promover agregação de interesses em uma sociedade complexa).

Assim, demonstram a tendência da Constituição a um princípio participativo: o plebiscito (artigo 14, I); o referendo (artigo 14, II); a iniciativa popular (artigo 14, III); a ação popular (art. 5º, LXXIII) e o apreço pela autonomia normativa dos grupos sociais e os canais de solução pacífica dos conflitos.

Há um fortalecimento da democracia pela participação dos corpos intermediários nos processos decisórios da vida social.

Essa participação dos corpos intermediários se dá em quatro esferas:

1. administrativa, pela atuação dos agrupamentos sociais nos processos de condução dos negócios administrativos em relação à coisa pública. Exemplo: cooperação das associações representativas no planejamento municipal (artigo

29/CF);

2. política, de modo direto, pela participação na formulação de políticas públicas gerais ou setoriais (exemplo, na assistência social, artigo 204, II) e de modo indireto, pela influência dos grupos nos processos de decisão popular, como no plebiscito, referendo e iniciativa popular;

3. jurídica, pela participação no processo de formação das leis e na defesa da ordem constitucional. Exemplo, artigo 103 da Constituição, em que confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional são legitimadas à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade;

4. judiciária: ampliação da legitimidade judicial e extrajudicial dos corpos intermediários para a promoção e tutela de interesses (artigo 5º, XXI – representação judicial e extrajudicial das entidades associativas - LXX – mandado de segurança coletivo, e, a possibilidade de ajuizamento de dissídios coletivos pelas entidades sindicais).

Cada vez mais há, outrossim, a participação direta dos grupos sociais nos mecanismos de negociação de práticas estatais gerais ou setoriais, e a legitimidade das decisões oficiais passa a depender da adesão dos grupos sociais a que se destinam.

#### **9.4 A autonomia privada coletiva no Direito do Trabalho**

A autonomia é tida como um dos pilares da liberdade.

Entretanto, nenhuma autonomia é absoluta, sofrendo limites na tutela de interesses maiores da sociedade e dos próprios indivíduos envolvidos na relação jurídica.

Seus parâmetros de limitação são a ordem pública, configurada pelas normas jurídicas que regulam e protegem interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica e os bons costumes,

como regras morais que formam a mentalidade de um povo.

A autonomia privada consolidou-se, com características de ser um (1) poder de estipular regras jurídicas para a regulação dos próprios interesses; a de estar informada pela (2) concretude, pois se refere a interesses concretos e específicos; a possibilidade de (3) criação de regras jurídicas vinculantes para as partes envolvidas e a qualidade de ser (4) limitável pelo ordenamento jurídico.

A autonomia privada é, assim, fundamentalmente um poder normativo que, em nível individual, tem como instrumento o negócio jurídico e, em nível coletivo, os acordos e convenções coletivas.

A autonomia privada enquanto foi, em nível individual, símbolo do liberalismo econômico e da igualdade jurídico formal, fundada no dogma da autonomia da vontade, representou em nível coletivo, instrumento de compensação das relações jurídicas desiguais, surgindo como reforço à intervenção estatal para equilíbrio do desnível do capital e trabalho. A autonomia privada coletiva, como espécie de autonomia privada, difere-se substancialmente dos interesses tutelados pela autonomia individual.

Adveio da questão social e do surgimento de novas necessidades sociais, mas também se originou do enfraquecimento do poder estatal.

Com a autonomia privada coletiva o contrato adquire uma dimensão coletiva, a partir do reconhecimento da existência de uma vontade comum do grupo e da ocorrência de bens e interesses coletivos.

Pode ser definida como o “poder jurídico conferido a determinados grupos sociais de criar normas jurídicas para a tutela de interesses de uma coletividade, comunidade ou classe de pessoas globalmente consideradas”<sup>136</sup>.

Como exercício coletivo da vontade, a autonomia privada coletiva exige, como pressupostos, uma sociedade pluralista, centrada no poder de normatização

---

<sup>136</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das Normas Coletivas*, cit., p. 123.

dos grupos, voltando-se para a realização de interesse coletivo.

É vertente da liberdade sindical e do direito de associação.

Não é antítese do princípio protetor. Contrariamente, objetiva a efetuação desse princípio, contribuindo para a melhoria das condições do trabalhador eis que o princípio protetor constitui critério de orientação do Direito do Trabalho, nos seus ramos individual e coletivo.

### **9.5 Autonomia coletiva dos particulares como fonte do Direito do Trabalho**

Os sujeitos habilitados a provocar a autonomia privada coletiva variam conforme o ordenamento jurídico de cada país.

No Brasil, pelos (A) trabalhadores, a atribuição compete ao sindicato, de acordo com o artigo 8º, VI, da Constituição (“é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”). O artigo 611 da CLT dispõe que os sindicatos dos trabalhadores são quem firmarão as Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho.

Segundo José Cláudio Monteiro de Brito Filho essa restrição é atentatória ao princípio da liberdade sindical, pois inibe a atuação das entidades sindicais de grau superior e das centrais sindicais, assim como outros grupos, como as comissões de empresa<sup>137</sup>.

Essa restrição, contudo, é relativa, pois segundo o artigo 611, § 2º da CLT, quando a categoria não possui sindicato (categoria inorganizada), podem atuar as federações, e na falta destas as confederações.

É possível, ainda, aos empregados assumir a negociação coletiva com vistas a celebrar acordo coletivo em hipótese de omissão do sindicato, federação e

---

<sup>137</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical** – Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: a proposta de inserção da comissão de empresa. São Paulo: LTr, 2000. p. 169.

confederação, respectivamente (artigo 617, § 1º, da CLT).

Esse dispositivo é posto em dúvida por alguns quanto à sua constitucionalidade (José Cláudio Monteiro de Brito Filho e Maurício Godinho Delgado<sup>138</sup>, por exemplo). A omissão do sindicato e outras entidades sindicais poderia ser interpretada como recusa.

Maurício Godinho a respeito diz sobre revogação tácita do preceito celetista:

De toda maneira, é preciso ressaltar-se a presença de irrefutáveis situações de incompatibilidade entre a regra celetista e o Texto Máximo de 1988; situações, portanto, de não recepção de preceito da CLT (revogação tácita), ainda que se admita que nem toda a Consolidação tenha sido revogada, no que tange às regras de Direito Coletivo.

É o que se vê, por exemplo, com o disposto no art. 617, § 1º, da Consolidação, que autoriza a substituição do sindicato pela federação (e desta pela respectiva confederação), em caso de recusa dos primeiros à negociação coletiva. Mais: permite o preceito que se concretize a negociação coletiva diretamente entre trabalhadores e correspondente empregador, caso frustradas as tentativas de intermediação sindical. Ora, a regra citada entra em choque frontal com o princípio da autonomia dos sindicatos e com a norma inserida no art. 8º, VI, CF/88 (obrigatoriedade sindical na negociação coletiva). Não pode haver dúvida de que foi, assim, tacitamente revogada em 5.10.1988.

José Cláudio Monteiro de Brito Filho no mesmo sentido se posiciona:

... O texto constitucional é claro ao impor ao sindicato o monopólio da negociação e da celebração de contratos coletivos, o que não dá margem para a contratação direta pelos trabalhadores, sem a participação sindical. A recusa do sindicato, que pode acontecer, sendo o problema decorrente consequência direta da manutenção, entre nós, da unicidade sindical, deve ser enfrentada com a mobilização dos trabalhadores para modificar a decisão da entidade, destituindo os dirigentes, se for o caso.<sup>139</sup>

Pelos (B) empregadores há maior flexibilidade para o exercício da autonomia privada coletiva.

Isto porque a própria Constituição, apesar de dizer que é obrigatória a presença dos sindicatos na negociação coletiva, reconhece os Acordos Coletivos, no artigo 7º, XXVI, de onde se conclui que não há monopólio do sindicato para a

<sup>138</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1383-1384.

<sup>139</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**, cit., p. 212.

negociação coletiva, recepcionando-se o artigo 611, § 1º, da CLT.

Não obstante, também às empresas, não organizadas em categorias econômicas, poderão ser aplicáveis Convenções Coletivas celebradas por federação ou confederação (artigo 611, § 2º, da CLT).

São sujeitos de negociação coletiva, como meio de autocomposição de conflitos e criação de normas jurídicas, no atual panorama jurídico vigente: os sindicatos, as empresas, as federações e confederações (em caso de categorias inorganizadas e omissão do sindicato) e, em último caso, para quem entende sobre a constitucionalidade do artigo 617, § 1º, da CLT, os trabalhadores diretamente, em hipóteses de recusa ou omissão das entidades sindicais.

Estão excluídos, atualmente, da contratação coletiva as centrais sindicais e as comissões de empresa.

Quanto às centrais sindicais, tentou-se, por iniciativa do então Ministro do Trabalho Walter Borelli, a celebração de contratos coletivos de âmbitos nacional, regional, inter-regional ou supracategorias, editando-se a Lei n. 8.542/92, a qual fora revogada, definitivamente, pela Lei n. 10.102/01 e por inúmeras medidas provisórias anteriores.

Entretanto, ainda na vigência de tais normas, a capacidade das Centrais Sindicais celebrarem acordos em âmbito superior ao da categoria, sem a participação dos sindicatos, foi repudiada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento da obrigatoriedade de participação dos sindicatos na negociação coletiva.

Na recente Lei n. 11.648, de 31 de março de 2008, assegurou-se às centrais sindicais a representação geral dos trabalhadores, com as seguintes atribuições, entre outras: I – coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; II – participar das negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral



dos trabalhadores.

Não é possível perceber claramente se fica possibilitado às centrais sindicais participarem da elaboração de contratos coletivos, o que em princípio ficaria obstado pelo contido no artigo 8º, VI, da Constituição (“é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”). Na seara do serviço público, em que as categorias dos servidores têm maior liberdade de organização, a participação de centrais sindicais na celebração de instrumentos de concertação, seja lá quais nomes eles venham a obter, pode encontrar até maior facilidade.

Pela proposta de Emenda à Constituição que faz parte da Reforma Sindical proposta pelo governo federal, essa possibilidade passa a existir eis que o artigo 8º da Constituição seria alterado para dizer que cabe às entidades sindicais (e não exclusivamente aos sindicatos) a defesa dos interesses coletivos e individuais no âmbito da representação e a participação obrigatória na negociação coletiva.

Pela proposta de Emenda poderá ficar “assegurada a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, na forma da lei”, em alteração do artigo 11 que não mais passaria a dispor a representação para empresas com mais de duzentos empregados com fito exclusivo de promover entendimento direto com os empregadores.

No anteprojeto de lei das relações sindicais, dentro da Reforma Sindical, constituem como atribuições das entidades dotadas de personalidade sindical (artigo 13) as de propor e participar de negociação coletiva (inciso II) e celebrar contratos coletivos de trabalho (inciso III).

Como entidades sindicais de trabalhadores o artigo 14 do Anteprojeto enumera as centrais sindicais (os empregadores não contam com centrais), a confederação, a federação e o sindicato, com a possibilidade da representação dos trabalhadores nos locais de trabalho atuando em colaboração com as demais entidades e podendo conduzir a negociação coletiva na empresa em caso de omissão do sindicato (artigo 88, § 2º).

Quanto à Organização Internacional do Trabalho, a Convenção 154 trata da negociação coletiva, compreendendo “todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: fixar as condições de trabalho e emprego; ou regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez” (artigo 2).

A Convenção 154 faculta à legislação ou às práticas nacionais o reconhecimento da negociação coletiva engendrada diretamente pelos trabalhadores, determinando-se até que ponto poderá se estender e adotando “medidas apropriadas para garantir que a existência destes representantes não seja utilizada em detrimento da posição das organizações de trabalhadores interessadas” (artigo 3).

### **9.6 Desafios da autonomia privada coletiva no Direito do Trabalho**

A autonomia privada coletiva, embora enfatizada pela Constituição Federal, que adotou uma visão pluralista da sociedade, acaba por ficar atrofiada pelos mesmos problemas que afligem a liberdade sindical no Brasil: o critério de agregação profissional por categorias, impossibilitando a auto-organização da coletividade ao redor de interesses coletivos nascidos de efetiva solidariedade; o monopólio de representação sindical, com a proibição de mais de uma representação no mesmo nível; a previsão de uma contribuição sindical compulsória, pois dá ao sindicato um poderio econômico desvinculado de um critério de representatividade, caracterizando dependência do sindicato ao Estado.

Ainda, para finalizar, não é possível esquecer que os modos de exteriorização da autonomia privada coletiva pelos trabalhadores são atingidos pela própria conformação atual da relação capital e trabalho, em que o Estado está enfraquecido

(das 100 maiores economias do mundo, 51 delas são empresas transnacionais<sup>140</sup>), o sindicato enfraquecido pelo fantasma de um desemprego estrutural (o sindicato ainda se detém somente sobre os trabalhadores empregados) e com pouco poder de expressar livremente a autonomia de sua vontade.

Neste sentido, Dorothee Susanne Rüdiger que afirma que

com isso, o enfoque da autonomia privada coletiva, entendida tradicionalmente como expressão jurídica do pluralismo político se desloca. O exercício da autonomia privada coletiva não continua sendo pautado pela busca da emancipação política dos trabalhadores, mas sim pela busca da competitividade, valor econômico por excelência. Com isso, não somente o sindicato adquire um novo sentido, o de administrador de crises empresariais, como também a autonomia privada coletiva desloca suas bases da política para a economia.<sup>141</sup>

E a mesma autora sugere:

A própria estrutura de representação de interesses merece ser repensada, não somente em seu sentido vertical, isto é, garantindo a representação de interesses no “chão da fábrica, da loja, do banco...”, na empresa e na rede empresarial, como também, no sentido “horizontal”, abrangendo interesses de outros segmentos sociais com os quais a rede empresarial mantém relações. Os interesses de empresas fornecedoras, de consumidores e da comunidade em geral atingida por problemas ambientais ou urbanísticos, merecem ser vistos em conjunto com as relações trabalhistas.

Ações concertadas entre representantes dos trabalhadores e de outros interesses contrapostos aos interesses das redes empresariais são pensáveis. Requerem, porém, uma mudança radical na concepção sindical. Exigem dos sindicatos a capacidade de se inserir no contexto maior de novos movimentos sociais pluriculturais e transnacionais, de debater problemas da sociedade civil que se articula hoje em escala mundial.<sup>142</sup>

<sup>140</sup> Esse dado é extraído da seguinte informação da professora Flávia Piovesan: “No que se refere ao setor privado, há também a necessidade de acentuar sua responsabilidade social, especialmente a das empresas multinacionais, na medida em que constituem as grandes beneficiárias do processo de globalização, bastando citar que, das 100 maiores economias mundiais, 51 são empresas multinacionais e 49 são Estados nacionais. Por exemplo, importa encorajar sejam condicionados empréstimos internacionais a compromissos em direitos humanos; sejam adotados por empresas códigos de direitos humanos relativos à atividade de comércio; sejam impostas sanções comerciais a empresas violadoras dos direitos sociais, entre outras medidas” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26).

<sup>141</sup> RÜDIGER, Dorothee Susanne. Emancipação em rede: condições jurídicas para a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores no século XXI. In **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial – Estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen**. Coords Tácio José Vidotti e Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. São Paulo: LTr, 2003. p. 74 (grifos não constantes do original).

<sup>142</sup> RÜDIGER, Dorothee Susanne. Emancipação em rede: condições jurídicas para a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores no século XXI. In **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial**, cit.,

José Eduardo Resende Chaves Junior sobre o tema diz que não há mais uma solução única para regulação de conflitos, mas uma regulação múltipla, que envolve o Estado, o mercado e a comunidade (motivada solidariamente). O Estado deve se posicionar horizontalmente, principalmente para resguardar mecanismos para a existência de um diálogo igualitário entre as partes. O mercado não se deve orientar pela coisificação do trabalho na negociação coletiva. E, pela atuação da regulação comunitarista, deve-se privilegiar a politização do espaço empresarial, enfatizando a função social da empresa e da propriedade, caminhando para modelos de cogestão, como na União Europeia.

Sugere, para concretização de suas ideias: (1) Pelo Estado: fixação legal de quoruns mínimos para flexibilização de direitos previstos em lei; garantia legal de que a autonomia privada coletiva seja preceito de emancipação social do trabalhador, e não meio de desconstrução de seus direitos: garantia legal da vedação da prática espiral de precarização de direitos (ou seja, de que eventual renúncia a direito garantido em lei tenha por fundamento a dificuldade econômica da empresa e não o fornecimento de condições para a empresa competir no mercado); garantia legal da precariedade, excepcionalidade e temporalidade de eventuais renúncias a direitos garantidos em lei; penalização das lideranças patronais e de empregados envolvidos em negociação fraudulenta e lesiva aos trabalhadores; (2) Pelo mercado: responsabilização patrimonial das pessoas investidas em mandatos sindicais; cancelamento da denúncia da Convenção OIT n. 158; legitimação jurídica para atuação das Centrais Sindicais; (3) Pela regulação comunitária: o fortalecimento da participação do trabalhador na empresa e no estabelecimento, a partir de uma politização do espaço empresarial. Neste sentido, as experiências de cogestão, as quais são, não raro, combatidas pela atuação sindical típica, conflitiva por natureza<sup>143</sup>.

---

p.75.

<sup>143</sup> CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. Direito Coletivo do trabalho: uma aproximação pós-estrutura. In **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial** – Estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen. Coords. Tácio José Vidotti e Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. São Paulo: LTr, 2003. p. 125-133.



## 10

## Negociação Coletiva na concepção tradicional do Direito do Trabalho

### 10.1 Conceito e finalidade

Conceituar algo, de acordo com Maria Helena Diniz, é apreender a essência de alguma coisa, com as palavras formando o veículo dos conceitos, eis que se supõe uma “relação entre significados das expressões linguísticas e a realidade”<sup>144</sup>.

Ainda consoante a mesma autora, a lógica tradicional, procedente de Aristóteles, responde à tarefa de determinar a essência de algo pela definição, que se debruça pela indicação do gênero próximo e da(s) diferença(s) específica(s).

No seu trajeto de perseguir uma definição e assim apanhar o conceito, ou seja, a essência do objeto, Maria Helena recorda os princípios que informam uma definição<sup>145</sup>. Para a elaboração de um conceito, deve-se levar em conta princípios que informam toda definição: 1º) a definição deve ser convertível ao definido; 2º) a definição deve ser mais clara que o definido; 3º) o definido não entra na definição; 4º) a definição deve ser, de preferência, positiva; 5º) a definição deve ser breve.

Ou seja, deverá ocorrer uma abstração do conteúdo do objeto analisado, que “é contingente, variável, heterogêneo, determinado *hic et nunc*, mas sim (preservar) as essências que são permanentes e homogêneas. Ante a multiplicidade do dado, o conceito deve reter apenas o elemento comum, a essência que se encontra em toda a multiplicidade”<sup>146</sup>.

Com a esperança de cumprir o intuito de definir e conceituar a negociação

---

<sup>144</sup> DINIZ, Maria Helena. **Conceito de Norma Jurídica como problema de essência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

<sup>145</sup> Idem, *ibidem*, p. 5.

<sup>146</sup> Idem, *ibidem*.

coletiva do trabalho, cuida-se não dos tipos de cláusulas que podem ser construídas no âmbito do processo negocial, mas dos elementos essenciais que estão (ou deverão estar) assentados em uma negociação coletiva, sem os quais ela não pode existir como conceito próprio e delimitado.

Nesta linha, identificar o gênero próximo é tentar catalogar frente aos institutos jurídicos, verificando o que há de comum. Ao mesmo tempo, é necessário perceber o que distingue, encontrando características particulares que tornam diferenciada a distinção conceitual.

Isto tudo, orientado pelo primeiro norte, qual seja, o uso das expressões linguísticas capacitadas a melhor refletir a realidade da qual se trata.

Partindo daí, as expressões linguísticas denotativas comuns de negociação são relacionadas a negócio de grande vulto, transação, entendimento sobre tema polêmico ou controverso, ou, em uso diplomático, a conversação diplomática entre duas ou mais nações visando a tratado, convenção etc<sup>147</sup>.

Ou seja, negociação, para a semântica, traz as ideias de negócio, entendimento, transação, conversação. Essas expressões todas se referem, pelo visto, a uma relação bilateral, dialética, eis que não se faz um negócio ou uma transação consigo só; uma conversa pressupõe a ocorrência de dois sujeitos distintos (a não ser que se estivesse discorrendo sobre procedimentos psicológicos de autoconhecimento e meditação, pela interação das diversas camadas da consciência e da inconsciência).

Do mesmo modo, um entendimento, ainda que se possa obtê-lo de maneira unilateral, só amadurece com o passar do tempo e com o diálogo com as pessoas e os assuntos ao seu redor. Um entendimento que se baseasse em versão individualizada poderia ser mais bem reputado como um mero conhecer, não entender, posto que este último pressupõe um grau a mais, de incorporação do que é externo ou objeto de entendimento na essência daquele que entende. Em suma, é atividade que não é instantânea, requer progresso, transpor de fases.

---

<sup>147</sup> Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa multiusuário 1.0.20, verbete “negociação”.

Fixam-se, assim, como primeiro ponto, as ideias de diálogo e de entendimento que embutem um relacionamento bilateral e uma predisposição a chegar a um acordo, uma composição, valores presentes na essência da negociação coletiva do trabalho.

Esse diálogo é pautado por critérios éticos e por princípios jurídicos informadores que sempre, em maior ou menor grau, estão ou devem estar evidenciados.

Sobre tais princípios, pormenorizados adiante, é possível depreender, como elementar, o da boa-fé, que se relaciona com os demais, que dele ou defluem ou estão próximos.

É de se argumentar que a boa-fé é exigida nos atos jurídicos em geral<sup>148</sup>, porém na realização da negociação coletiva do trabalho ela é a toda hora requerida e lembrada. Não é tão somente presumida, figurando como embasamento e está no alicerce e em todo o edifício que se constrói como morada das normas e da pacificação social delas originadas, mas que eventualmente poderá resultar também em greve ou na necessidade de ser substituída por um outro meio de solução de conflito, como a arbitragem ou o dissídio normativo.

Com efeito, a boa-fé reflete-se no dever de informação recíproca, na razoabilidade e adequação das pretensões e exigências, no dever de negociar, na igualdade entre as partes e no contraditório, que é a própria dialética, o diálogo entre os atores sociais.

Permite-se, destarte, prescrever como segundo ponto envolvido na definição da negociação coletiva do trabalho a circunstância de ser um diálogo movido pela boa-fé.

---

<sup>148</sup> João de Lima Teixeira Filho afirma: “trata-se de princípio inerente aos atos jurídicos em geral. Sua existência resulta até de presunção *juris tantum*. A boa-fé na negociação coletiva deve estar presente não só na fase de confecção do assenso, pela concentração de esforços para a conclusão com êxito da negociação, mas também na fase de fiel execução do que pactuado.” In SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. v. 2, p. 1133.



Na descrição precisa de José Cláudio Monteiro de Brito Filho o princípio da boa-fé significa que

a negociação coletiva deve dar-se com as partes atuando pautadas em padrões éticos, com lealdade. Não se pode pressupor como tendente a solucionar um conflito coletivo de trabalho, de forma satisfatória e suportável pelas partes, uma negociação em que elas, ou uma delas, atue deliberadamente de má-fé, com o único propósito de prejudicar a outra ou obter vantagens apenas para si, com base em comportamento que não se pauta pela ética.<sup>149</sup>

É plausível afirmar, portanto, sem sombra de dúvidas, que uma negociação coletiva de trabalho cujo propósito esteve impregnado de má fé não foi uma verdadeira negociação, mas um arremedo incapaz de produzir efeitos jurídicos válidos, eis que dotada de vício jurídico de expressão.

Como negócio jurídico defeituoso, a negociação coletiva contém vício social como erro, dolo ou notadamente pela lesão, incluída, no Código Civil Brasileiro de 2002, no artigo 157 e que configura vício de consentimento “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

À negociação coletiva do trabalho dotada de tais vícios se aplicam as regras atinentes à teoria da anulabilidade tradicional do Direito Civil, para que atinja efeitos “ex nunc”, ultrativos à sua declaração, porém não se deve desconsiderar que os interesses envolvidos numa negociação são de uma coletividade difusa, cuja proximidade é bem maior à instância do interesse público do que à do particular.

Assim, como há interesse coletivo difuso envolvido, o dos trabalhadores que formam uma categoria representada, o vício social na negociação coletiva não deve implicar mera anulabilidade, porém preservar aquilo que, mesmo que de modo diminuto, em virtude da má fé dos representantes da empresa ou da categoria econômica, foi acrescentado.

---

<sup>149</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do Direito Comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa. São Paulo: LTr, 2000. p. 182.

Seria uma maneira de preservar ao máximo a efetividade da negociação em prol dos trabalhadores, ainda que realizada de modo viciado, pois é impossível a eles o retorno do trabalho despendido, enquanto, de outra parte, houve o benefício da utilização da mão de obra. Agir diferentemente implicaria premiar o empregador quando este, pessoalmente ou representado, descuidou-se da necessária boa-fé.

Aplicar-se-ia, por conseguinte, também em âmbito coletivo, a teoria das nulidades trabalhistas de modo diferenciado àquela estabelecida na seara do Direito Civil comum.

Neste sentido, com supedâneo na função normativa decorrente da negociação seria possível empreender paralelo, exemplificativamente, com a máxima efetividade que se costuma resguardar às normas constitucionais (o que é elevado a um dos mais relevantes princípios de aplicabilidade, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho) e até mesmo às normas inconstitucionais, que possuem, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Junior e Maria Helena Diniz, validade e eficácia, pois atreladas à imperatividade do órgão competente que as pôs no universo jurídico, restando às inconstitucionais, contudo, subordinarem-se a mecanismos de regulagem e calibragem a fim de que voltassem a ocorrer no sistema jurídico coerência e unidade jurídica.

A má fé por parte da representação profissional deverá também ser apenada com a nulidade retroativa, porém apenas naquilo que possa ser retornado aos trabalhadores representados (eis que, como elucidado, a força da mão de obra gasta na prestação de serviços e o tempo à disposição não são passíveis de retorno ao obreiro), sem prejuízo de pesadas responsabilizações dos agentes sindicais que atuaram em nome da categoria.

Estas são considerações, contudo, que mereceriam ser mais bem aprofundadas, mas refogem ao propósito estabelecido neste item, que é o de correr atrás de uma boa conceituação da negociação coletiva do trabalho.

Interessante notar, na sequência, que a negociação coletiva surgiu, no campo trabalhista, como aspecto do Direito Coletivo. É considerada, de acordo com o jurista

uruguaio Oscar Ermida Uriarte, o tripé do Direito Sindical, ao lado do sindicato e da greve, como se apreende deste trecho extraído de obra de Enoque Ribeiro dos Santos:

o direito coletivo do trabalho tem uma estrutura triangular, na qual elementos essenciais são o sindicato, a negociação coletiva e a greve. A inexistência ou imperfeição de qualquer destes três pilares determina o mau funcionamento do direito coletivo do trabalho e, conseqüentemente, o cumprimento insuficiente ou o descumprimento da função de autotutela.<sup>150</sup>

Por sua vez, Mário de la Cueva insiste no aspecto triangular do Direito Sindical

A visão triangular do Direito Coletivo do Trabalho proposta por Mário de la Cueva elucida bem a importância do direito à negociação coletiva: “a doutrina poderia ser representada graficamente como um triângulo equilátero, cujos ângulos, todos idênticos em graduação, seriam o sindicato, a negociação e a contratação coletiva e a greve, de tal maneira que nenhuma das três figuras da trilogia poderia faltar porque desapareceria o triângulo. Donde resulta falsa e enganosa a afirmação de que a associação profissional é possível na ausência do direito à negociação e contratação coletivas ou da greve, pois se o Direito do Trabalho assegura a vida dos sindicatos é para que lutem pela realização de seus fins”.

Relacionando-se com o Direito Coletivo do Trabalho, a negociação coletiva foi fruto do mesmo espírito de época que deu origem a esse ramo do Direito, ou seja, a necessidade de equalizar a disparidade entre os sujeitos da relação individual de trabalho, impedindo que a livre autonomia privada viesse em prejuízo do trabalhador, indevidamente posto, segundo as regras tradicionais do Direito Civil, em situação de aparente igualdade com quem lhe tomava a mão de obra.

A própria sociedade civil, portanto, tratou de organizar-se, solidarizando-se e formando um corpo social coletivo, o sindicato (a princípio, repudiado e proibido pelo sistema), a fim de fazer frente à questão social que se colocava, de flagrante desigualdade material muito embora houvesse, pelo influxo liberal da época, posterior à revolução francesa, uma aparência de igualdade jurídica formal.

A sociedade civil, assim e cada vez mais, requereu a concessão de um

<sup>150</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial.** São Paulo: LTr, 2004. p. 125-126, citando obra de Oscar Ermida Uriarte (Apuntes sobre la huelga. Montevideo: FCU, 1983, p. 7).

espaço de atuação que não se restringisse aos limites individualizados de expressão do primeiro momento do Estado liberal, pós-revolução francesa, cujo escopo não intervencionista era ao mesmo tempo contraditório com a reunião, no ente estatal, da capacidade única de exteriorizar o Direito na sociedade.

Assim, à medida que se cobrava do Estado a postura isenta, de não interferência na dinâmica social, mas que garantisse, contudo, a liberdade e a igualdade jurídica formal, além dos valores de respeito à integridade física e à propriedade, não havia, de outro lado, liberdade no corpo social para que influísse na criação do Direito, restando este concentrado a um monismo jurídico em que ao Estado competia exteriorizar o direito, sendo sua única fonte formal.

O contrato, assim, tão valorizado no momento posterior à revolução francesa – por muitos considerada uma revolução burguesa –, era apenas um negócio jurídico sem capacidade criadora do Direito.

Concomitantemente, havia um controle do Estado sobre a sociedade, especialmente pelo reforço dos Poderes Legislativo e Executivo. Aquele primeiro como resultado de uma democracia que não fosse, pelo menos a princípio, realmente participativa, mas meramente representativa, e de cuja atuação, não raro, originava normas que não tinham verdadeira eficácia social nas camadas menos privilegiadas da população, pois o próprio sistema representativo privilegiava a fiscalização da regulação do ideal burguês.

A crise representativa<sup>151</sup>, que esteve presente desde o nascimento do Estado democrático e com a instauração da separação dos poderes, encontrava-se (e encontra-se) inequivocamente agravada pela ausência de capacidade de agregação

---

<sup>151</sup> A ela se refere Fábio Konder Comparato com as seguintes palavras: “O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. Daí por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (*demos*), a democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. Não assim os chamados direitos sociais, ou a reivindicação de uma participação popular crescente no exercício do governo (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo)”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50-51).

de interesses coletivos pelos partidos políticos institucionalizados, que não têm, salvo raríssimas exceções, verdadeira ressonância social e que mesmo quando a tenham são incapazes de assimilar a realidade de todos os fenômenos sociais que ocorrem em multiplicidade. Essa crise também se revela pela desproporcionalidade da representação populacional, onde unidades federativas mais populosas encontram-se inferiormente representadas enquanto outras, de menor teor populacional, logram maior representação.

Esse momento pós-revolução francesa inaugurava também um grande temor ao Poder Judiciário e de qualquer capacidade criativa deste braço da tripartição inspirada em Montesquieu. Como no antigo regime os juízes eram vistos como um reduto do elitismo e da proteção aos interesses aristocráticos, com o Estado Liberal tratou-se de tê-los sob controle. A função do juiz, portanto, seria meramente declarativa do direito previsto em lei. O juiz não deveria criar a lei, mas viver em um universo jurídico que fosse distanciado do campo social. Neste escopo liberal preocupava-se também em assegurar ao indivíduo e ao próprio Estado a disposição de um excessivo número de recursos para a busca da verdade real e deveria o Juiz estar compromissado com juízos de certeza.

Não obstante essa preocupação toda de instituir um processo legiferante, mediante uma democracia representativa, mas não eficaz, garantindo a liberdade burguesa, com pouca intervenção na esfera privada e monitoramento da atividade judicial, por uma doutrina e filosofia jurídicas que buscavam uma postura meramente burocrática, declarativa, e que não atrapalhasse o ideal burguês, o Estado não poderia, na prática, exercer a contento este modelo dúbio, pois era improvável estender sua ação sobre toda a atividade particular.

Como dito por Enoque Ribeiro dos Santos,

apenas parte da atividade humana é captada e absorvida pelo direito. Este deixa aos particulares um campo de ação, para o exercício de suas vontades, que não são repelidas pelo direito. Portanto, a autonomia privada nada mais seria do que a possibilidade de os atos dos particulares se tornarem jurídicos, constituindo regras ou normas de conduta ou de comportamento.

Contudo, se havia a possibilidade da formação de regras de conduta pelos particulares, com supedâneo na liberdade garantida, o exercício da vontade de forma livre, desvinculada de correspondência com a camada mais empobrecida, trouxe a grande questão social do século XIX, de concentração econômica exagerada pelos detentores do capital e dos meios produtivos e pela exploração ilimitada (ou limitada pelo máximo de resistência física humana possível) da mão de obra farta, barata e disponível.

No entanto, a própria fábrica que possibilitava a concentração de mão de obra propiciou a solidariedade necessária para o fomento do sindicato e da resistência operária, mediante a greve e junto deles a negociação coletiva, como modos de solução de conflitos e aproximação do capital e trabalho.

O surgimento do Direito do Trabalho, inclusive sua vertente coletiva, deveu-se, destarte, ao regime de fortalecimento dos corpos intermediários sociais e da ideia de uma democracia participativa em que os atores sociais manifestassem sua vontade, em exercício da autonomia privada não mais individual, porém coletiva.

Os corpos intermediários, neste contexto, passaram a ocupar uma posição intermediária, entre o Estado e o particular, com capacidade de autorregramento de suas relações jurídicas, de modo genérico e abstrato, ou seja, com qualidades normativas em uma base contratual, autorregulatória, tomando parte no processo de elaboração das fontes materiais e formais do Direito.

O Direito do Trabalho, em particular, foi pioneiro nesta ideia de valorização da vontade coletiva como fonte criadora de Direito e neste diapasão pode-se mencionar a atuação dos sindicatos criando verdadeiras normas jurídicas, mediante a celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho, com eficácia extensiva a toda a categoria e não apenas àqueles associados dos sindicatos.

A ideia pluralista no Direito do Trabalho sempre foi, portanto, vanguardista. Os sindicatos, juntamente, ao depois, com o Estado do bem-estar social, subsequente ao Estado Liberal, serviram como compensação ao desequilíbrio da relação entre capital e trabalho e para a derrubada do conceito equivocado de uma igualdade

meramente formal e não materialmente jurídica.

Com o desenvolvimento do pensamento moderno e talvez até de um regime pós-moderno as demandas coletivas se multiplicaram, justamente porque os interesses coletivos se diversificavam numa sociedade que se tornava mais e mais complexa.

Viu-se surgir uma sociedade de massa, em que conflitos se tornavam também de massa, em meio à globalização e extraterritorialização dos interesses.

Justificava-se, portanto, a intervenção dos corpos sociais na solução de seus problemas, legitimando diretamente suas decisões, externalizando o Direito, como fontes material e formal, ou mesmo por dar legitimidade a leis, que resultassem de um processo heterônomo com adesão dos corpos sociais a que se destinavam.

Este poder conferido aos órgãos intermediários conseguiu, deste modo, sobrepujar a autonomia individual, atingindo até, em certas circunstâncias, tal grau de normatividade e incidência sobre a realidade dos seres que compõem a coletividade do mundo profissional que se chega a perceber algumas críticas na doutrina, como a que faz Walküre Lopes Ribeiro da Silva

O intervencionismo estatal e a tutela sindical restringiram consideravelmente a autonomia individual. Na celebração, modificação ou extinção do contrato de trabalho as partes devem respeitar as leis, convenções e acordos coletivos de trabalho, restando pouco espaço para a livre estipulação das condições de trabalho. Chegamos ao paradoxo de, para melhor proteger o trabalhador individual, institucionalizar a heterorregulamentação: somente considerado o trabalhador não como indivíduo, mas como parte de uma coletividade as leis e convenções coletivas conseguem estabelecer disposições que anulem a posição de inferioridade do trabalhador. Porém, acabam inibindo as tensões individuais e constringendo o trabalhador a internalizar regras de conduta definidas no âmbito coletivo. Para que o indivíduo possa afirmar-se como sujeito no mundo do trabalho, devem ser adotados princípios regularizadores que enfatizem a autodeterminação do trabalhador individual e sua realização como pessoa, que prevejam disposições não mais tendo à vista o “trabalhador coletivo social” (Simitis, 1990: 90-91 e 105).<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada, ordem pública e flexibilização do Direito do Trabalho. In **Revista da Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século** – edição comemorativa do cinquentenário, org. Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 214.

Entretanto, esse é problema que vai além da tarefa da conceituação, vinculando-se ao alcance e limites do exercício da negociação coletiva do trabalho e também ao relacionamento entre representantes da categoria e a massa representada, assumindo os primeiros esfera de responsabilidade por seus atos em face dos reais titulares dos direitos negociados e obviamente devendo, junto aos últimos, promover também um diálogo que enriqueça a representação.

A respeito da autonomia privada coletiva, Pedro Paulo Teixeira Manus, é representante, dentre outros, dessa concepção da autonomia privada coletiva como poder normativo autorregulatório:

A autonomia privada coletiva, no âmbito do direito coletivo do trabalho, é o poder das entidades sindicais de auto-organização e autorregulamentação dos conflitos coletivos do trabalho, produzindo normas que regulam as relações atinentes à vida sindical, às relações individuais e coletivas de trabalho entre trabalhadores e empregadores.<sup>153</sup>

Esse é um terceiro ponto, portanto, presente na ideia de negociação coletiva do trabalho e que serve como parâmetro para sua conceituação, pois essencial à sua definição: o fato de que é resultante da participação coletiva dos atores sociais na formação do Direito do Trabalho, seja para solução ou prevenção de conflitos, seja como procedimento normativo.

Soma-se, nesta ordem, aos outros pontos, o de que a negociação representa um diálogo ou entendimento informado pelo princípio da boa-fé.

No conceito de negociação, como relação dialógica, está embutida a presença de agentes emissores e receptores deste diálogo, os sujeitos aptos a promoverem essa conversação.

Aliás, a definição de negociação coletiva dada pela Organização Internacional do Trabalho, mediante a Convenção n. 154 (ratificada pelo Brasil), privilegia justamente os agentes capazes de promovê-la e a finalidade pela qual se realiza,

---

<sup>153</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 102.



estatuindo como

todas as negociações que têm lugar entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, por uma parte, e uma ou várias organizações de trabalhadores, por outra, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e de emprego, ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores, ou c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma organização ou várias organizações de trabalhadores, ou lograr todos esses fins de uma vez.

Também Alfredo J. Ruprecht, citado por José Cláudio Monteiro de Brito Filho<sup>153-A</sup>, adota definição a partir dos sujeitos e finalidade, porém sem preocupar-se com o significado do vocábulo “negociação”, como se percebe:

no plano doutrinário, temos a definição de Alfredo J. Ruprecht, que afirma que negociação coletiva é a que se celebra entre empregadores e trabalhadores ou seus respectivos representantes, de forma individual ou coletiva, com ou sem intervenção do Estado, para procurar definir condições de trabalho ou regulamentar as relações laborais entre as partes.

Toda definição, como assentado desde o início, deve tomar em conta os aspectos essenciais, não a variabilidade. O que é contingente afasta-se em prol daquilo que emerge com permanência e homogeneidade.

Este alerta é especial quando se trata dos sujeitos, pois se modificam amplamente de acordo com o modelo sindical adotado pelo país. No Brasil, por força do artigo 8º, VI, da Constituição Federal, a prática negociadora é obrigatória e exclusiva ao sindicato e só, na ausência de uma entidade deste tipo, ou na sua omissão, é que se abre às federações e confederações, ou mesmo aos trabalhadores diretamente, na hipótese do artigo 617, § 2º, da CLT.

Inexiste atuação de centrais sindicais e à exceção do artigo 11 da Constituição Federal, não é possível relacionamento direto dos trabalhadores com o empregador. No entanto, é sabido que o artigo 11 não tem encontrado, ainda, verdadeira ressonância social, talvez até porque sofra a limitação do artigo 8º, VI, não possibilitando que a promoção do entendimento direto dos trabalhadores com o empregador resulte em instrumentos com conteúdo obrigacional efetivo.

---

<sup>153-A</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**, cit., p. 176.

Os sujeitos habilitados a desenvolver a negociação variam, como afirmado, pelo modelo sindical eleito pelo país, e nisto importa muito a adesão, ou não, ao regime da pluralidade sindical recomendado pela Organização Internacional do Trabalho, pela Convenção 87. Além disto, os sujeitos divergem de acordo com os níveis que a negociação se desenrole.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento o nível mínimo de negociação é menor que o da empresa, podendo se dar por seção, departamento ou por estabelecimento.

Daí em diante a negociação pode se arranjar por empresa, categoria e até por supracategorias, somente em favor dos associados, como na Itália<sup>154</sup>, ou em favor dos demais empregados, sendo passível, ainda, de ocorrer a interferência do Estado, nas chamadas negociações tripartites, como exemplo nos amplos acordos bilaterais ocorridos na Espanha, exemplos de concertação social.

Amauri Mascaro Nascimento cita que os pactos de concertação ou pactos sociais têm natureza mais ampla que a das convenções coletivas, abrangendo questões de interesse social, tais como as de ordem econômica, trabalhista e política, configurando macroacordos com características de planejamento geral de natureza socioeconômica.

Contudo, não se pode perder de vista que a negociação não resulta obrigatoriamente na elaboração de um convênio coletivo, podendo influir na tomada de decisão unilateralmente pelo empregador, a exemplo da incorporação de uma requisição dos empregados pela confecção de um regulamento, acrescentando-se beneficentemente aos contratos individuais dos trabalhadores.

Isto é, exemplificativamente e com precisão, dito por José Cláudio Monteiro de Brito no trecho adiante destacado, a propósito do conteúdo do artigo 8º, VI, da Constituição da República:

Esta restrição à liberdade de exercício das funções, a propósito, é inibidora

---

<sup>154</sup> Com extensão, na prática, a todos os empregados.

da atuação das entidades sindicais de grau superior e das centrais sindicais, bem como de outros grupos, como as comissões de empresa.

Observe-se, em relação à função negocial, que se deve separar a negociação coletiva da contratação coletiva, ou seja, deve-se observar que a negociação é meio autocompositivo de solução de conflitos, enquanto o contrato coletivo (em sentido genérico) é apenas um dos meios de materializar uma negociação bem-sucedida.

É que, em certos casos, a negociação, mesmo com sucesso, não resulta na celebração de acordo de caráter normativo, mas materializa-se de outra forma, como com a inserção do consenso obtido em regulamento de empresa ou, como é o caso do serviço público, com a edição de norma, por ato unilateral do ente público, desde que impedido, pelo princípio da legalidade, de firmar acordos coletivos de trabalho.

Confundir negociação com contratação, deve ser salientado, pode resultar no entendimento de que, se vedada a segunda, vedada também a primeira, como fez o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 492-1, julgada em 12.11.92, considerando inconstitucional a letra *d* do artigo 240 da Lei n. 8.112/90 (regime jurídico único federal), que permitia a negociação coletiva no serviço público federal.

Esta decisão, se não entendida de forma correta – pode negociar mas não pode contratar –, é passível de levar ao entendimento, teratológico, de que servidores públicos, por seus sindicatos, não podem estabelecer um processo de diálogo com a Administração Pública.<sup>155</sup>

O empecilho antevisto por Amauri, de que os interesses veiculados nas negociações tripartites sejam de maior amplitude, não se referindo propriamente a interesses coletivos, porém a interesses sociais, não deve significar, em modesto entendimento, que se impeça a categorização como negociação coletiva de trabalho.

Como evidenciado, o pluralismo jurídico configurou a extensão aos corpos sociais da capacidade de produzir o Direito, delegando a eles função normativa fundamentada no diálogo social, mas também se destacou como procedimento de solução de conflitos (e, como já manifestado, como meio de alargamento das fronteiras do Direito, em modalidade de resistência coletiva, junto com a Greve).

Ora, em tempos pós-modernos, em que se discute bastante a globalização e a diversificação de interesses que se tornam extraterritorializados e de massas torna-se tarefa difícil delimitar o campo de incidência de cada um, eis que se entrelaçam e interdependem.

A superposição de planos e a intersecção entre eles acaba sendo inevitável. Uns na dependência de outros, com influência recíproca em uma concepção

<sup>155</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**, cit., p. 169-170.

sistêmica.

Aliás, sobre a qualidade sistêmica de um verdadeiro pluralismo, discorre Ronaldo Lima dos Santos, do seguinte modo:

Dentro de uma concepção sistêmica, a ordem normativa se apresenta como um todo em que seus elementos são distribuídos por uma estrutura interacional, de mútua e interdependente imbricação, de modo que toda e qualquer parte do sistema está relacionada com as demais, e a mudança em uma delas repercute em todo o sistema. A norma estatal mantém intercâmbio com todas as demais normas do sistema, adquirindo uma posição equiparável com a de qualquer outra norma, com elas mantendo intercâmbio e estabelecendo relações recíprocas. Elas interagem num fluxo retroalimentador, criando-se e recriando-se umas a partir das outras, num movimento simbiótico e de interdependência vital.<sup>156</sup>

Ainda que se argumente que a negociação é diálogo não necessariamente concluído por normas jurídicas, ainda assim estará presente o pluralismo e até mesmo com maior força, pois o procedimento de entendimento, como visto, não se restringe às modalidades em que frutifiquem convênios coletivos, portanto, o processo de conversação restará mais solto, mais livre, refletindo o balanço da sociedade como um todo.

É claro, entretanto, que a participação do governo acontecerá em peso equivalente aos demais atores sociais. Do contrário o que se terá não será um modo autocompositivo de solução de conflitos, mas arbitragem, meio heterocompositivo que substancialmente se diferencia da negociação, embora esta possa levar àquele em caso de resultado negativo.

A característica da negociação como método de autocomposição é essencial à conceituação pretendida e será abordada logo mais<sup>157</sup>.

De certo modo, a defesa da participação de outros corpos sociais na negociação coletiva de trabalho sem que esta reste desvirtuada vincula-se à possibilidade de que o sindicato, em concepção moderna, não mais esteja preso à

---

<sup>156</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 69.

<sup>157</sup> Deve ficar ressaltado, contudo, que há autores que consideram uma classificação das negociações coletivas em diretas e indiretas, reputando essas últimas como os processos conduzidos por um terceiro sujeito nas situações de mediação e arbitragem.

representação exclusiva de interesses empregatícios de uma categoria profissional.

Há uma ampliação da vocação sindical cujas funções econômica, política e representacional direcionam-se a interesses conexos aos de empregados mas que tradicionalmente foram postos em outras searas.

Isso assim se dá porque o sindicato, na evolução de um capitalismo pós-moderno, toyotista, não pode mais ser decorrência de uma empresa que diminuiu de tamanho, porém continua subordinando estruturalmente outras empresas menores ou pessoas naturais, fugindo da fixação de vínculos formais de emprego.

A negociação coletiva, portanto, é dependente do modelo de atuação do sindicato, cujos interesses perseguidos não mais devem restringir-se, a exemplo do que discorre Márcio Túlio Viana:

A solução passa pelos próprios sindicatos, que devem se globalizar como as empresas, articular suas lutas com a sociedade civil, estender seu campo aos excluídos e talvez aprender com o MST o milagre de recompor a unidade num contexto de fragmentação.<sup>158</sup>

É pertinente, também, efetuar referência a Oscar Ermida Uriarte, citado por Ronaldo Lima dos Santos de que existem dois significados para o termo negociação coletiva:

Em sentido amplo, a negociação coletiva representa todo processo de composição de interesses, o que inclui qualquer espécie de discussão tripartite sobre problemas trabalhistas que, direta ou indiretamente, afetem uma categoria de trabalhadores. Nesse conceito incluem-se o procedimento de concertação social e os seus produtos (acordos-macros e pactos sociais), além de algumas outras formas de negociação política, cooperação tripartite e a negociação coletiva propriamente dita. Pelo conceito restrito, a negociação coletiva abrange somente as formas de relações e discussões bipartites entre empregadores individuais ou representantes de organizações patronais e representantes de sindicatos profissionais, com o objetivo de conclusão de acordos formais.<sup>159</sup>

Contudo, delimitado o intuito, por ora, à definição dos sujeitos capacitados a empreenderem a negociação coletiva, resta certo que se é possível a presença de

---

<sup>158</sup> VIANA, Márcio Túlio. O novo papel das convenções coletivas de trabalho: limites, riscos e desafios. In **Estudos de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. Coord. José Ronald Cavalcante Soares. São Paulo: LTr, 2001. p. 361.

<sup>159</sup> SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**, cit., p. 181-182.

outros atores sociais e da defesa de outros interesses que não os tradicionalmente reconhecidos como vinculados à atuação sindical, não se pode aceitar que uma verdadeira negociação trabalhista deixe de lado aqueles que representam os empregados e empregadores e que a finalidade da relação dialógica seja a discussão de condições de trabalho e cláusulas obrigacionais.

Se esses representantes serão somente os sindicatos, se incluem também federações, confederações, centrais sindicais, isso é dado contingencial, variável segundo o modelo sindical de cada nação. Porém, a presença de entidades representantes de interesses profissionais e econômicos, ou dos próprios empregadores, é condição “sine qua non” na conceituação da negociação coletiva trabalhista.

Em nenhum momento pode-se pensar, em se tratando de modelo tripartite de base, que sejam substituídos, na negociação, a representação profissional ou empregatícia, embora quanto aos empregadores seja factível a atuação direta, pois considerado um ser por si só coletivo (na acepção de Maurício Godinho Delgado) – aliás é o que se depreende da definição proposta pela Organização Internacional do Trabalho na Convenção 154, anteriormente mencionada, que cogita da atuação direta dos empregadores e grupos de empregadores mas se refere a uma organização ou várias organizações de trabalhadores.

Recorde-se que à OIT não caberia referir-se a expressão “sindicato”, mas a um termo mais genérico como organização de trabalhadores, posto que sindicato é uma das modalidades de associação profissional, facultada a reunião em federações e confederações, até mesmo de ordem internacional, a teor da Convenção 87 da OIT, artigos 2 e 5.

Não obstante, se impensável a substituição das entidades de representação profissional e econômica ou o afastamento da participação direta dos empregadores não se pode, destarte, advogar que os empregados, diretamente, não possam atuar.

Assim, as comissões de empresa e a participação direta do artigo 11 da Constituição Federal enquadram-se em efetiva negociação coletiva de trabalho.

Até aqui, portanto, aproximando-se da definição do que se propôs pode-se dizer que negociação coletiva de trabalho será o diálogo de atores sociais, entre eles obrigatoriamente trabalhadores e empregadores, diretamente ou por representação, influenciados pelo princípio da boa-fé, com capacidade de criação de normas autorregulatórias.

Falta ainda, entretanto, conteúdo. Impossível invocar-se uma negociação coletiva pensando que ela seja apenas um instrumento de criação de normas. Esta é uma de suas finalidades, sem dúvida, porém outra coligada ao aspecto normativo é a habilidade de atuar como modo de autocomposição de litígios.

Este, ademais, é elemento constantemente ressaltado pelos juristas quando movidos à busca de definir o tema.

Com efeito, para Octávio Bueno Magano é o conjunto de procedimentos de autocomposição tendentes à superação de um conflito coletivo.

Antonio Carlos Flores de Moraes, relacionando a negociação à autocomposição diz:

A autocomposição pressupõe a negociação livre e direta entre as partes envolvidas no conflito, sindicatos representativos das categorias econômico e profissional, empregadores e empregados, sem qualquer ingerência de terceiros, quer sejam conciliadores, mediadores ou árbitros. As três formas mais conhecidas são a tradicional convenção coletiva, o acordo coletivo e o contrato coletivo aplicado em qualquer âmbito (por empresas, setorial, regional ou nacional).<sup>160</sup>

João de Lima Teixeira Filho a define como

o processo democrático de autocomposição de interesses pelos próprios atores sociais, objetivando a fixação de condições de trabalho aplicáveis a uma coletividade de empregados de determinada empresa ou de uma categoria econômica e a regulação das relações entre as entidades estipulantes.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**/Evaristo de Moraes Filho, Antonio Carlos Flores de Moraes. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 668.

<sup>161</sup> In SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Ltr, 1996. v.2, p. 1131.

Esse autor relata, outrossim, a definição erigida pelo projeto de lei 1.232, de 1.991, elaborado por Comissão Interministerial, presidida pelo próprio João de Lima e constituída pelo Decreto sem nº, de 1º.2.91:

a negociação coletiva é o processo de autocomposição de interesses entre trabalhadores e empregadores com o objetivo de fixar condições de trabalho, bem como o de regular as relações entre as partes estipulantes.

E mais adiante enuncia os requisitos essenciais da negociação coletiva:

a negociação coletiva de trabalho tem por pressuposto a representatividade dos interlocutores sociais e fundamenta-se no primado da autonomia primada coletiva e na prevalência do entendimento direto sobre qualquer outra forma de composição do conflito de interesses.

Para Sérgio Pinto Martins é

uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam os diferentes entendimentos existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições. Envolve a negociação coletiva um processo que objetiva a realização da convenção ou do acordo coletivo de trabalho. Qualifica-se, assim, pelo resultado. As partes acabam conciliando seus interesses, a fim de resolver o conflito.<sup>162</sup>

José Augusto Rodrigues Pinto também traduz, em seu enunciado, a característica de modo de solução de conflitos, discorrendo que a negociação coletiva é:

o complexo de entendimentos entre representantes de categorias de trabalhadores e empresas, ou suas representações, para estabelecer condições gerais de trabalho destinadas a regular as relações individuais entre seus integrantes ou solucionar questões que estejam perturbando a execução normal dos contratos.<sup>163</sup>

Pedro Paulo Teixeira Manus, após destacar o antagonismo marcante das relações entre empregado e empregador, esclarece que “a forma de ajuste encontrada deu-se pela negociação coletiva, modo de neutralizar o antagonismo de interesses entre tomador e prestador de serviços”<sup>164</sup>.

<sup>162</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 2. ed., ampl. e rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>163</sup> De acordo com citação de Enoque Ribeiro dos Santos: **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004. p. 84.

<sup>164</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho**. São Paulo: Atlas,



José Carlos Arouca, após distinguir os meios de solução de conflitos em diretos e indiretos e de incluir nos primeiros a greve e a negociação coletiva expõe, na análise de sua natureza jurídica, o aspecto de solvência de conflitos:

A natureza da negociação coletiva é a de procedimento próprio do direito sindical, tendente a resolver diretamente um pré-conflito de dimensão coletiva através do acordo ou convenção coletiva de trabalho.<sup>165</sup>

Maurício Godinho Delgado, por seu turno, situa a negociação como fórmula autocompositiva democrática:

A negociação coletiva enquadra-se, como citado, no grupo das fórmulas autocompositivas. Contudo, é fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social. Por isso não se confunde com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir-se, essencialmente, à transação (por isso fala-se em *transação coletiva negociada*).<sup>166</sup>

Portanto, é modo de autocomposição de conflitos advindo do poder conferido aos corpos sociais de autorregulamentação. Pode-se dizer que a concretização da qualidade plurinormativa dos corpos sociais pode finalizar em instrumentos normativos, porém mesmo que assim não ocorra, notadamente em uma situação paredista, a negociação, como essência autocompositiva, estará presente antes do movimento e durante este (sob pena de abuso, na aceção de nossa Lei n. 7.783/89, na combinação dos artigos 3º, 9º e 14) e, em muitas vezes, ao final. Em alguma etapa, portanto, será exercitado o modo autocompositivo de solvência dos antagonismos de interesses.

Eis aí, por conseguinte, mais uma marca importante na composição da conceituação do tema.

Com a soma dos aspectos colhidos até então se resume a negociação coletiva do trabalho como o diálogo dos atores sociais, entre eles obrigatoriamente trabalhadores e empregadores, diretamente ou por representação, influenciados

---

2001. p. 18.

<sup>165</sup> AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2006. p. 274.

<sup>166</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1371.

pelo princípio da boa-fé, com capacidade de criação de normas autorregulatórias e como modo de ajuste de conflitos e manifestação do direito de resistência.

Pensa-se que aí se condensa em poucas palavras o que é de mais essencial à definição, sendo seu gênero próximo a autonomia privada coletiva que, por sua vez, revela as faculdades normativa e autocompositiva, privilegiando, entretanto, sua natureza de instrumento, ou seja, diálogo, já que nem sempre o instrumento se materializa no corpo de um convênio coletivo.

Entretanto, deixar de incluir a capacidade normativa no núcleo fundamental do conceito seria olvidar que a intenção presente é a de melhoria da condição do trabalhador, o que se dá mediante um aparato normativo de igualização.

Reputou-se despidendo incluir que a finalidade é a de fixar as condições sociais de trabalho e emprego ou o relacionamento entre empregadores e trabalhadores, além das relações entre os empregadores e suas organizações com as dos trabalhadores, vez que esta finalidade nem sempre é alcançada mas mesmo assim não se autoriza dizer que inexistiu negociação. A negociação efetivada com boa-fé não se desqualifica pela ausência de entabulação da convenção ou acordo coletivos.

Argumentar que a pacificação social seria ponto inexpugnável do conceito ideal de negociação é correto, mas deve ser compreendido em termos. O objetivo da negociação social é a promoção da pacificação. Entretanto, nem sempre esta se dá eis que a resultante poderá ser uma operação de cessação de trabalho, com a materialização de uma greve. A noção de pacificação está vinculada, ao que parece, com as de diálogo, entendimento e de informação pelo princípio da boa-fé. A boa-fé no diálogo deve conduzir à pacificação, porém em algumas vezes tal não se dá.

## **10.2 Princípios da negociação coletiva do trabalho**

Princípios, sem muito estender, são as proposições básicas fundamentais, a viga mestra de um sistema, a pedra angular sem a qual não há consistência na

edificação jurídica. Os princípios informam e estão presentes na tarefa da interpretação e aplicação do direito. Traduzem-se, também, como os valores maiores adotados por uma ordem jurídica e que irradiam seus efeitos com maior amplitude e carga de abstração. A função dos princípios não é a de gerar direitos, embora até isso possa decorrer deles, mas sua função transcendental é a de dar unidade e diretrizes. São considerados fontes de direito, na medida em que estão em paralelo com as regras, moldando a interpretação.

São valores que nem sempre estão explicitados no texto legal e têm a característica de um alto nível de abstração, pela indeterminação das circunstâncias em que devem ser aplicados, de acordo com Celso Ribeiro Bastos<sup>167</sup>.

É importante destacar que não são uma outra modalidade de interpretação, como elucida o mesmo autor no trecho abaixo:

Os princípios, portanto, não são um mero equivalente dos critérios de interpretação (...). Não se confundem com estas realidades. É como se o objeto interpretando fosse um conjunto: a norma e o princípio.<sup>168</sup>

Assim, de acordo com o mesmo autor, o princípio se torna objeto interpretativo, porém não de maneira tradicional, pois a interpretação do princípio é feita conjugadamente à norma e são interpretados muito mais por si mesmos, auxiliando na escolha dos critérios interpretativos pelo intérprete. Consequentemente, os critérios de interpretação se subordinam aos princípios, de onde é possível extrair a relevância dos mesmos.

Como asseverado anteriormente, em se tratando de negociação coletiva de trabalho o princípio da boa-fé é o que coordena os demais e pode ser considerado um princípio geral de direito, mas também princípio específico da matéria. Contudo, vinculado a ele estão vários outros. Passa-se, portanto, a dar uma breve noção de cada um.

---

<sup>167</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Celso Bastos Editora: São Paulo, 2002. p. 208.

<sup>168</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, cit., p. 210.

### 10.2.1. Princípio da Boa-Fé

Como já referido, para José Cláudio Monteiro de Brito Filho o princípio da boa-fé significa que

a negociação coletiva deve dar-se com as partes atuando pautadas em padrões éticos, com lealdade. Não se pode pressupor como tendente a solucionar um conflito coletivo de trabalho, de forma satisfatória e suportável pelas partes, uma negociação em que elas, ou uma delas, atue deliberadamente de má-fé, com o único propósito de prejudicar a outra ou obter vantagens apenas para si, com base em comportamento que não se pauta pela ética.<sup>169</sup>

Para João de Lima Teixeira Filho

o princípio da boa-fé revela-se na disposição da parte para negociar, analisar propostas adequadamente formuladas e também, com muita frequência, no modo pelo qual o acordo ou a convenção coletiva de trabalho é redigido. O instrumento normativo que recolhe e enuncia as condições de trabalho negociadas não pode se transformar em fonte de dissidência, devido a uma redação premeditadamente ambígua ou contraditórias. Estes instrumentos de autocomposição servem para encerrar o conflito, nunca para instigá-lo.

E chega também a aventar uma hipótese em que a boa-fé é analisada em relação a possíveis terceiros, como sucessores da atividade empresarial:

Uma conduta claramente de má-fé na negociação coletiva é a do empregador que assume concessões mais onerosas por poder repassá-las a terceiros, que pagam a conta sem ter participado das discussões. Isso desvirtua a negociação coletiva, como processo de amadurecimento social e de realização de justiça entre o empregador e seus empregados. Quem assim negocia não preza o princípio da boa-fé.<sup>170</sup>

O mesmo autor retrata a necessidade da boa-fé em todos os momentos, na confecção do assenso, na concentração de esforços para o êxito da negociação e posteriormente na execução fiel do pactuado.

---

<sup>169</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**, cit., p. 182.

<sup>170</sup> TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**, cit., 16. ed., p. 1133.

Enoque Ribeiro dos Santos o define como um princípio ético e requisito para uma convivência pacífica e frutífera entre as partes, dentro do espírito de uma justiça aristotélica, ou seja, “o dar a cada um o que é seu”<sup>171</sup>.

Acrescenta, ainda, citando Forero Rodriguez que a boa-fé é sinônimo de lealdade que possui duas vertentes, a ativa e a passiva, considerado o dever que as pessoas têm de desenvolver com outras uma conduta leal, ajustada às exigências do decoro social e o direito de esperar essa mesma lealdade.

José Carlos Arouca aduz que a negociação de má-fé configura prática antissindical e assevera as maneiras pelas quais a boa-fé se revela:

A boa-fé revela-se quando a parte contrária: a) aceita negociar ou recusa justificadamente a proposta de negociação; b) agenda calendário de reuniões em prazo razoável para início e término; c) oferece contraproposta razoável e justificada; d) negocia em clima amistoso, sem praticar retaliações, ou atende a reivindicações constantes da pauta aprovada pela assembleia, como concessão liberal; e) não dispensa os empregados, especialmente aqueles que compõem a comissão de negociações. De parte do sindicato profissional, seria também manter o clima de harmonia, sem o recurso da greve.<sup>172</sup>

Enoque Ribeiro dos Santos cita, ainda, a experiência configurada no Direito norte-americano que estabeleceu um rol de termos caracterizadores da boa-fé:

a) tentativa de ajustar diferenças e alcançar bons termos para ambas as partes; b) as contrapropostas devem ser oferecidas quando aquela da outra parte for rejeitada; c) a posição da parte, em cada termo do acordo, deve estar clara, não se permitindo constantes mudanças; d) não é permitido comportamento evasivo durante as negociações, e deve existir boa vontade entre os contratantes para ajudar e incorporar ao contrato termos oralmente acertados.

Não existe, contudo, no direito estadunidense a obrigação de negociar.

### **10.2.2. Princípio da informação**

Como dito outrora, a maioria dos outros princípios parece decorrência da

<sup>171</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004. p. 111.

<sup>172</sup> AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2006. p. 282.

aplicação escorregada da boa-fé. Assim com o princípio ora examinado.

O princípio da informação, também denominado de direito de informação ou do dever de informar, relaciona-se com a imposição de dar conhecimento à outra parte das informações necessárias para que a discussão seja travada à luz de um real conhecimento sobre suas respectivas situações e condições.

João de Lima Teixeira Filho discorre sobre o assunto ponderando a necessidade de se chegar a um ponto de equilíbrio, em que o empregador não haja esquivando-se da transparência sob alegação de serem as informações secretas, ao mesmo tempo que não é lícito exigir dele repasse sobre informações estratégicas que possam colocar em risco a própria atividade empresarial:

Para que o sindicato dos trabalhadores possa formular a pauta de reivindicações, a fim de iniciar a negociação, é necessário conhecer as reais condições da empresa e a capacidade desta de assumir determinados pleitos que a categoria julga cabíveis. Não é crível o empregador adotar atitude de recusa às reivindicações escudando-se em informações pretensamente secretas. Também não é possível que informações estratégicas da empresa possam ser colocadas em risco a pretexto de terem a ver com o processo negocial. A questão é, sem dúvida, delicada. Por isso, todos os cuidados devem ser tomados para que o direito de informação não sirva de instrumento que, de alguma maneira, frustre o entendimento direto. De qualquer modo, o certo é que a informação deve guardar pertinência com as matérias postas em negociação.

No princípio está inserido, também, o dever de preservação das informações, sob o risco de a veiculação irresponsável de dados acarretar prejuízos.

Enoque Ribeiro dos Santos elucida que o direito de informação está vinculado à transparência necessária para que se formule uma pauta negociadora adequada e que a assimetria das informações pode destruir o objeto da negociação coletiva:

Essas informações dizem respeito às reais condições econômico-financeiras da empresa ou do setor de atividade econômica, consistindo em balanços patrimoniais, balancetes recentes, demonstrativos de resultados (lucros e perdas), relação mensal de faturamento, fluxo de caixa e outros indicadores de desempenho empresarial.

E faz o alerta para a necessidade de uma contabilidade confiável e a

ocorrência de uma auditoria independente:

A transparência e a acuidade das informações são essenciais para captar e consolidar a boa intenção e lealdade das partes, num momento em que grassa grande desconfiança em relação aos números divulgados pelas empresas, não apenas no Brasil, como especialmente nos países de capitalismo avançado. Casos típicos foram os resultados econômico-financeiros camuflados apresentados pela Enron, World-com, Xerox e Merck, nos Estados Unidos.<sup>173</sup>

### **10.2.3 Princípio da Razoabilidade ou da Adequação**

Outro princípio que pode ser tratado como mais uma face da boa-fé.

Diz respeito ao modo como as partes se comportam no procedimento, não formulando pleitos impossíveis, que não possam ser implementados e, de outra parte, não se recusando a aceitar o que está de acordo com as possibilidades.

A negociação, por conseguinte, deve operar-se dentro dos limites e das necessidades de cada uma das partes. É por meio de uma discussão racional que se chega a um ponto de equilíbrio, de justa recompensa aos trabalhadores sem sobrecarga desmesurada à empresa.

Enoque Ribeiro dos Santos acrescenta, ainda, a impossibilidade de uma conduta empresarial inflexível em favor de uma reestruturação agressiva que conduza a um entrave negociador:

Esse princípio pode ficar comprometido se as empresas adotarem uma postura unilateral de maximização de valor para os acionistas, por meio de atividades agressivas de reestruturação, redução de custos, reengenharia, sob o enfoque de que a palavra final deve ser sempre dos empresários, porque a eles cabe o risco do empreendimento. Tal posicionamento, pela falta de bom senso, certamente conduzirá a um entrave no desfecho da negociação coletiva.<sup>174</sup>

### **10.2.4. Princípio da Compulsoriedade Negocial ou do Dever de Negociar**

<sup>173</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 117.

<sup>174</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 118.

A negociação coletiva foi ressaltada pela Constituição Federal de 1988.

De acordo com João de Lima Teixeira Filho, é (1) espécie do gênero solução pacífica de controvérsias para o alcance da harmonia social, como prescrito no preâmbulo; (2) é obrigatória a participação do sindicato em seu desenvolvimento, a teor do artigo 8º, VI; (3) é mecanismo exclusivo para flexibilização de direitos (artigo 7º, VI, XIII e XIV) e (4) é anterior às formas heterocompositivas de solução de conflitos.

Apesar de o processo de entendimento não ter que obrigatoriamente desaguar em acordo, este é o ideal a ser perseguido e não se pode admitir, por conseguinte, mero esboço de diálogo social<sup>175</sup>.

Ou seja, não se admite o afastamento de plano da negociação coletiva.

#### **10.2.5. Outros princípios**

Os autores divergem quanto à enumeração de outros princípios informadores da negociação coletiva do trabalho, o que é bastante compreensível.

Ou os demais princípios estão intrinsecamente relacionados aos já expostos ou são princípios gerais do direito.

Assim, o princípio da paz social ou da pacificação pode ser captado como um princípio geral do direito, eis que todo o Direito, em última instância, visa à pacificação das relações sociais. Além do mais, pode ser compreendido como decorrência da boa-fé e, tal qual esta, a paz social, em realidade, está compreendida não só na função social da negociação coletiva, mas em todos os outros institutos jurídicos.

A paz social é resultado da negociação levada a bom termo, com a

---

<sup>175</sup> Idem, *ibidem*, p. 110.



elaboração de um convênio coletivo que solucione divergências entre as partes coletivas. De acordo com Enoque Ribeiro dos Santos, é “o objetivo mais depurado a que seu êxito (o da negociação coletiva) poderá levar”<sup>176</sup>.

A negociação redundará em um contrato coletivo de trabalho que é instrumento de equilíbrio e de paz social. É um trato de paz que impede, à primeira vista, o exercício do direito de greve e novas exigências durante o prazo de sua vigência, a não ser que fatos supervenientes ocorram que alterem o equilíbrio da relação entre as partes, quando surgirá em ação a cláusula “rebus sic stantibus”, fundamentada na teoria da imprevisão dos contratos.

José Augusto Rodrigues Pinto, seguido por Enoque Ribeiro dos Santos, indica, também, o princípio do contraditório, concluindo que a “negociação coletiva sem contraditório de pretensões constitutivas de um contencioso a eliminar padece de um vazio absoluto de objeto”<sup>177</sup>.

O contraditório pode ser compreendido como o próprio negociar, pois relação bilateral, conversação, entendimento. Pode ser inferido como implícito, igualmente, na boa-fé, que inclui apresentar propostas e contrapropostas justificadas.

O princípio da colaboração, ou da cooperação, ou da solidariedade, é uma nova face do embate da questão social, quando os atores sociais deixam de focar o enfrentamento e passam a procurar um meio-termo baseado em espírito de cooperação ou solidariedade.

O próprio fenômeno da autonomia privada coletiva é concretização da colaboração e da subsidiariedade, quando se procura substituir a vontade oficial, unívoca, pela vontade dos corpos sociais em participação democrática e social.

Também aqui não é difícil asseverar que a colaboração ou solidariedade não sejam derivações de outros princípios, como os da boa-fé e da razoabilidade. Ademais, a colaboração não é exclusiva da negociação coletiva, fazendo parte da

<sup>176</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 120.

<sup>177</sup> Idem, *ibidem*, p. 111.

autonomia privada coletiva, da qual se origina a negociação trabalhista.

Alguns poucos autores mencionam o princípio da igualdade. José Augusto Rodrigues Pinto, por exemplo, contudo mais para demonstrar a relevância de que a hierarquia e a subordinação jurídica, presentes no contrato individual de emprego, sejam derogadas no processo de negociação coletiva, eis que circunstâncias incompatíveis com a natural liberdade da expressão da vontade.

Em tese, realmente, a igualdade é pressuposta na relação coletivizada de sindicato profissional e empresa ou seu sindicato econômico.

Esse ponto, na verdade, assume uma relevância bem maior que aparenta, porém, salvo engano, deve ser tratado como condição a uma implementação eficaz da negociação coletiva.

Não é propriamente um princípio específico do tema na medida em que o equilíbrio das partes, a igualdade, é, mais uma vez, repositório da boa-fé e da colaboração, como respeito pela parte adversa.

Porém, não se pode esconder que é uma exigência para enaltecer o entendimento, especialmente na quadra atual, em que se fala em desemprego estrutural e não há, pelo menos no Brasil, uma representatividade eficaz dos sindicatos, o que, sem dúvida, prejudica a atuação das organizações dos trabalhadores.

Aliás, retornar-se-á a tal ponto adiante.

Importante salientar, ainda, o posicionamento de Hugo Gueiros Bernardes sobre os princípios.

Esse autor reúne os princípios em quatro grupos, classificando-os em (1) princípios relativos à boa-fé ou lealdade; (2) princípios referentes ao procedimento; (3) princípios relativos ao direito de greve; (3) princípios concernentes à responsabilidade das partes.

Relativamente aos princípios de boa-fé e lealdade, os desdobramentos seriam:

a) dever formal de negociar: as partes se obrigam a examinar as propostas recíprocas e a formular contrapropostas convergentes, substitutivas, modificativas ou supressivas, de maneira que a rejeição de uma determinada proposta deve levar à discussão dos motivos que justificam a recusa, motivos esses que a parte se obriga a explicitar. No dever formal de negociar encontram-se as seguintes diretivas: obrigatoriedade de reuniões periódicas, prazo mínimo de duração das negociações e de cada discussão, fundamentação de cada proposta ou contraproposta etc.; b) as partes precisam pôr-se de acordo, antecipadamente, sobre a finalidade e o alcance da negociação, que deve envolver interesses relacionados com a fixação de normas de condições de trabalho, incremento da produtividade e a harmonia nas relações de trabalho; c) o conglobamento – entendido como uma norma técnica que não admite a invocação de prejuízo como objeção a uma dada cláusula, sem o exame do conjunto da negociação. O objetivo é que as partes desenvolvam uma garantia de unidade de negociação, não se desviando do conjunto de discussões, nem repetindo argumentos.<sup>178</sup>

Quanto ao procedimento da negociação haveria necessidade de fixação de regras mínimas, como

a) o dever de paz, entendido como a abstenção do uso de medidas de força, como a greve, durante um período determinado; b) antecedência em relação à data-base, para evitar convocações súbitas, ao fim do prazo; c) exaustão da pauta, obrigando-se as partes a examinar e responder a cada item ou cláusula; d) credenciamento dos representantes das partes na negociação, a fim de evitar perda de tempo em debates com pessoas não autorizadas a apresentar e aceitar propostas; e) garantia formal de cumprimento de todos os compromissos assumidos; f) dever de influência, por meio do qual as partes se comprometem a influir sobre os seus liderados para garantir a efetividade do que for ajustado, não somente para obedecer às regras acordadas, mas também para fazer cessar quaisquer atitudes contrárias; g) dever de adequação, em que as partes se comprometem a proceder com racionalidade, adequando suas pretensões e respostas às possibilidades reais da economia como um todo e de cada empreendimento em particular; h) dever de informação, segundo o qual as partes se prestarão reciprocamente às informações necessárias à justificação de suas propostas e respostas, o que interessa, sobretudo, aos empregados, que assim podem obter dados a respeito da situação econômica, financeira e comercial das empresas.<sup>179</sup>

Relativamente aos princípios do direito de greve, vinculados à negociação coletiva, são os seguintes:

<sup>178</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 123.

<sup>179</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 123-124

a) indispensabilidade da conciliação prévia, para evitar a greve desleal, assim entendida aquela que se faz sem uma tentativa anterior de negociação; b) proporcionalidade, concebida como uma noção que envolve o uso do recurso de forma proporcional aos seus fins, para que o dano à empresa e ao interesse público não seja maior do que o objetivo econômico ou social a alcançar; c) *ultima ratio*, ou a concepção de greve como uma medida extrema, o último recurso dos trabalhadores, a ser utilizado somente depois da tentativa de conciliação, a mediação ou a arbitragem; d) efeito suspensivo da greve sobre a execução dos contratos de trabalho, com a não obrigatoriedade de pagamento de salários durante o período de paralisação; e) dever de salvaguarda, significando que as partes devem prescrever regras de condenação dos abusos e da prevenção dos prejuízos ao interesse público; f) limitação das greves de solidariedade, que devem ser apenas simbólicas, movimentos com intensidade muito menor, para não ter caráter abusivo ou desproporcional; g) limitação do objeto dos piquetes, que devem se limitar a persuadir os trabalhadores quanto à greve e seus motivos, pela disseminação pacífica das informações, ficando vedadas as ações agressivas ou intimidatórias.<sup>180</sup>

Em relação ao princípio da responsabilidade das partes, há a especificação do dever das partes de zelar pelos princípios e normas da negociação e assim necessária a “fixação da responsabilidade patrimonial das entidades de trabalhadores e empregadores, por meio de sanções – multa ou pagamento dos salários do período da greve, para o empregador; multa ou proibição temporária de fazer greve, para os trabalhadores”<sup>181</sup>.

### 10.3 Funções da Negociação Coletiva

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento, as funções da negociação coletiva são classificáveis em jurídicas e não jurídicas.

As primeiras compreenderiam as funções normativa, obrigacional e compositiva e nas outras as funções política, econômica e social, com realce, dentre todas, à função normativa.

A função normativa seria a de criação de normas aplicáveis às relações individuais de emprego; a função obrigacional diria respeito à criação de normas válidas para os sujeitos da negociação, ou seja, direcionadas aos sindicatos ou à

<sup>180</sup> Idem, ibidem, p. 124.

<sup>181</sup> Idem, ibidem, p. 124.

empresa; a compositiva traduz a aptidão para solucionar o conflito entre as partes; a política é a que resulta do próprio diálogo entre grupos sociais como maneira de suplantar divergência; a econômica atua como forma de distribuição de riqueza; a social, como participação dos trabalhadores na vida e no desenvolvimento da empresa.

Da função normativa hoje, no pós Constituição de 1988, há muito questionamento sobre os limites de seu exercício. Há, entretanto, certa unanimidade de que é possível ser usada até mesmo “in pejus”, a exemplo da hipótese do artigo 7º, VI, da Constituição Federal. Contudo, a extensão desses limites e o alcance das modificações “in pejus” são, ainda, assunto de muita discussão e tensão, divergindo doutrinadores e jurisprudência.

A negociação coletiva atua, via de regra, no espaço vazio deixado pela lei, complementando-a, e em decorrência são criadas normas, regras, direitos e obrigações ainda não previstos na lei.

A função econômica revela-se com duplo sentido: atende ao objetivo econômico dos trabalhadores em uma economia de prosperidade, mas pode ganhar uma perspectiva ordenadora numa economia em crise.

Antonio Baylos enfoca a negociação coletiva como “verdadeiro instrumento de gestão da empresa, cabendo ao sindicato partilhar, como natural complemento de sua função de contrapoder, procurando diminuir a desigualdade entre empregador e trabalhador”.<sup>182</sup>

Alfredo Ruprecht, citado por José Cláudio Monteiro de Brito Filho, cita como “fins” da negociação coletiva (expressão que pode ser transposta como “funções”) o social, o normativo, o moderador, por trazer as partes a limites justos e possibilidades reais, e o político, favorecendo o diálogo e a democratização das relações de trabalho.

---

<sup>182</sup> Citado por Enoque Ribeiro dos Santos: **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 129.

A função social, de acordo com Marco Pasço Cosmópolis, detém as seguintes características: a) é meio de conciliação dos conflitos sociais; b) iguala as partes, constituindo forma de participação dos trabalhadores na administração; c) é fonte dinâmica do direito do trabalho; d) evita ou modera a competição desleal entre empresas, distribuindo os custos sociais.

Enoque Ribeiro dos Santos cita, ainda, Pierre Bourdieu, a respeito da inversão de paradigma do programa neoliberal e da necessidade do Estado posicionar-se como fator de equilíbrio social para que não prevaleça apenas a força da ação do mercado. Vale transcrever o trecho:

Para Pierre Bourdieu, o programa neoliberal retira a sua força social da força político-econômica daqueles a cujo interesse ele dá voz – acionistas, operadores financeiros, industriais, políticos conservadores etc. – e tende globalmente a favorecer a ruptura entre a economia e as realidades sociais. Se podemos preservar alguma esperança razoável é porque ainda existem, nas instituições estatais e também nas ações dos agentes, essas forças que se desdobram, sob o pretexto da simples defesa de uma ordem desaparecida e aos privilégios a ela correspondentes, para resistir à prova e inventar ou construir uma ordem social que não tenha como lei única a busca do interesse egoísta ou a paixão individual pelo lucro, mas que também abra espaço a coletividades voltadas à busca racional de fins coletivamente elaborados e aprovados.

Continua, ainda, esse autor asseverando que “entre essas coletividades, associações, sindicatos e partidos, um lugar especial é ocupado pelo Estado, capaz de controlar e delimitar eficazmente os lucros obtidos nos mercados financeiros e, sobretudo, de conter a ação destruidora que estes últimos exercem sobre o mercado de trabalho, organizando, com a ajuda dos sindicatos, a elaboração e a defesa do interesse público, que, quer queira ou não, nunca deixará de ser considerado, mesmo ao preço de um erro de cálculo matemático, como a forma suprema de realização humana.”<sup>183</sup>

Enoque Ribeiro acrescenta, ainda, as funções participativa e pedagógica.

Como função participativa destaca-se o sindicato como centro irradiador de poder mediante aproximação das partes, podendo se dar nos diversos níveis possíveis, municipal, regional, estadual ou nacional e até mesmo por empresa. Nesta função destaca-se, portanto, a capacidade de coexistência não conflituosa dos parceiros sociais.

A função pedagógica se revela na experiência aprendida com o decorrer da

---

<sup>183</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 130.

repetição da prática negociadora, propiciando aperfeiçoamento de técnicas de abordagem e discussão e a incorporação de novos conhecimentos.

#### 10.4 Condições para a negociação coletiva

Nos outros itens se procurou delimitar a negociação coletiva em seus elementos mais básicos e procurar saber quais são os princípios que orientam sua aplicação além das finalidades a que se propõe.

Agora é necessário perquirir quais as condições necessárias para o bom desenvolvimento de uma negociação coletiva.

Como antecipado (item 10.2.5), a igualdade se não pode, talvez, ser perfeitamente enquadrada como princípio da negociação coletiva é, sem dúvida, um postulado embutido na definição do assunto, na medida em que se proclama a negociação como um diálogo e um meio autocompositivo.

Ora, não fosse autocomposição, cuja paridade de importância das partes fosse pressuposto, haveria, em realidade, submissão ou renúncia.

Maurício Godinho Delgado escreve sobre isso, qualificando a negociação coletiva como fórmula autocompositiva democrática:

A autocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia.

Ela verifica-se de três maneiras, às vezes significativamente distintas entre si. De um lado, o despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada (renúncia). De outro lado, a aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra (aceitação, resignação ou, ainda, submissão). Por fim, a autocomposição também ocorre através da concessão recíproca efetuada pelas partes (transação).

A negociação coletiva enquadra-se, como citado, no grupo das fórmulas autocompositivas. Contudo, é fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social. Por isso não se confunde com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir-se, essencialmente, à transação (por isso fala-se em *transação coletiva negociada*).<sup>184</sup>

<sup>184</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1371.

Não restam dúvidas, na sociedade pós-moderna, de certo consenso sobre a característica da negociação coletiva como modo de criação do Direito do Trabalho, fruto da autonomia privada coletiva. Porém, quebra-se o mesmo consenso sobre a finalidade, passando a prevalecer o atendimento à força do capital e não mais à melhoria das condições de trabalho para, se for o caso, modificar para pior as condições com o fito de garantia de competitividade no âmbito mercadológico.

Neste diapasão, Dorothee Susanne Rüdiger:

O consenso como procedimento, e não como fim, é outra característica da cultura pós-moderna que pode ser observada no contexto das mais recentes tendências no direito do trabalho. Como já foi debatido, a possibilidade de negociação coletiva é reconhecida como meio de progressão das condições de trabalho, da prosperidade dos trabalhadores e de sua emancipação. Durante séculos, o contrato coletivo teve o sentido de buscar novas conquistas ou, ao menos, de assegurar direitos já adquiridos. Com a negociação coletiva *in peius*, esse sentido não existe mais. A lei, máximo de consenso numa sociedade democrática, é substituída por um mínimo de consenso numa multiplicidade de discursos realizados nas negociações coletivas. Nesses, o “diálogo é substituído pelo monólogo”, que tem como centro os interesses do capital. A negociação permanente ao sabor das circunstâncias, a efemeridade das normas mutáveis a cada instante revelam a negociação como fim em si próprio, e não como meio de chegar a uma conclusão. Existe apenas o consenso sobre o procedimento: a negociação coletiva.<sup>185</sup>

E em isto tudo influi a crença no fim do trabalho e no desemprego estrutural, acrescidas, no contexto brasileiro, pela estrutura sindical fechada com baixa representatividade. A emancipação dos trabalhadores, decorrência da autonomia privada coletiva, como expressão da finalidade social da negociação, fica prejudicada:

O mesmo destino sofre a possibilidade de emancipação dos trabalhadores através da negociação coletiva. O contrato coletivo, que no contexto da modernidade pode significar o autogoverno dos trabalhadores, é pervertido em instrumento de decomposição do direito do trabalho estatal. As conquistas históricas dos trabalhadores que já garantiram a estabilidade do sistema não são mais necessárias na conjuntura atual. A emancipação da classe que trabalha é deslegitimada pelo fim da história, da utopia e de qualquer sentido ético. Não há necessidade de dizer que, numa conjuntura de desemprego, quem manda é o capital, agora com a possibilidade legal de exercer o poder através da ditadura das cláusulas dos instrumentos contratuais coletivos. No Brasil, esse poder é potencializado pela estrutura

---

<sup>185</sup> RÜDIGER, Susanne Dorothee. In LINDGREN ALVES, J. A. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002. p. 206.



de um sindicalismo corporativista baseado não na real representatividade dos trabalhadores, mas na distribuição, herdada do Estado Novo, de sindicatos únicos em categorias e territórios. Junta-se a isso a impossibilidade de atuação sindical na empresa. As poucas formas legais existentes de representação dos trabalhadores no local de trabalho, como a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e a Comissão de Conciliação Prévia, são paritárias e sofrem uma grande influência dos representantes do capital. A legislação brasileira impossibilita a organização sindical de encontrar formas de organização que possam enfrentar a descentralização da atividade empresarial em prol dos trabalhadores.<sup>186</sup>

Ou seja, há patente dúvida sobre a igualdade material das partes envolvidas na negociação coletiva e se ela é somente aparente:

Hoje, a III Revolução Industrial enfatiza a mesma igualdade formal, só que em nível coletivo. Mas essa igualdade – que já foi real, ou esteve próxima de sê-lo – tornou-se quase tão falsa quanto era a igualdade individual. Exatamente por isso, tem servido aos mesmos fins: se antes legitimava a não regulação, agora justifica a desregulação.<sup>187</sup>

Essa é uma abordagem, entretanto, que causa certo temor, pois diretamente vinculada aos limites da negociação coletiva: até que ponto podem ser aceitas as cláusulas estipuladas por esta via apenas porque foi cumprido um procedimento formalmente recepcionado pelo Direito e pleno de consenso.

Parece claro, entretanto, independente da opção pela negociação sob uma ação menos ou mais restritiva, que há fragilidade na isonomia dos entes, quando um deles tem poder diretivo e potestativo sobre a relação individual de emprego podendo pô-la a termo sem maior dificuldade, e outro está sujeito à diminuição da coesão de interesses pelo fantasma do desemprego. Ante a ausência de uma proteção séria à relação de trabalho não existe, efetivamente, igualdade.

A vontade dentro destas circunstâncias não será totalmente livre, mas afetada por vício congênito, o qual, dependendo do grau de sua ênfase, poderá ser classificado, como antes desenvolvido, como uma lesão, dentre as atuais formas de vícios jurídicos elencadas pelo novo Código Civil.

---

<sup>186</sup> RÜDIGER, Susanne Dorothee. In LINDGREN ALVES, J. A. **Direito e cidadania na pós-modernidade**, cit., p. 205.

<sup>187</sup> VIANA, Márcio Túlio. **Estudos de direito constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. Coord. José Ronald Cavalcante Soares. São Paulo: LTr, 2001. p. 361.

Os modos de exteriorização da autonomia privada coletiva são, desta maneira, diretamente atingidos pela conformação atual do relacionamento capital e trabalho.

Ademais, há resquícios corporativistas mantidos no modelo sindical adotado pela Constituição Federal de 1988.

Destarte, apesar da enfática adoção de uma visão pluralista da sociedade, na Carta Política, com destaque da autonomia privada e negociação coletiva, tais recursos acabam por se atrofiar pelos mesmos problemas que afligem a liberdade sindical no Brasil: o critério de agregação profissional por categorias, impossibilitando a auto-organização da coletividade ao redor de interesses coletivos nascidos de efetiva solidariedade; o monopólio de representação sindical, com a proibição de mais de uma representação no mesmo nível; a previsão de uma contribuição sindical compulsória, pois dá ao sindicato um poderio econômico desvinculado de um critério de representatividade, caracterizando dependência do sindicato ao Estado.

Enoque Ribeiro dos Santos também identifica esses dois problemas e o paradoxo deles derivado:

Desses conceitos de doutrinadores pátrios e estrangeiros inferimos que a negociação coletiva constitui um sistema fundamental para a solução de conflitos trabalhistas, em uma sociedade democrática. É necessário, porém, um poder de negociação suficientemente forte para promover o equilíbrio dos poderes: o patronal e dos sindicatos, sem o que a balança da justiça acabará pendendo para o lado mais forte. Para que isto não ocorra é imperativo a existência de um sindicato forte, independente e representativo para engendrar uma negociação eficaz.<sup>188</sup>

E em outro trecho, analisando a peculiaridade brasileira em face da Constituição de 1988, o que acaba por reforçar, ainda, a dependência do Estado e da lei:

Foi somente com o advento da Constituição de 1988, que a estrutura

---

<sup>188</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 90.

sindical brasileira foi radicalmente alterada: introduziram-se vários aspectos de democracia sindical, com razoável valorização da negociação coletiva, acompanhando um novo estágio de desenvolvimento econômico e industrial do país, mas, ao mesmo tempo, paradoxalmente, foram mantidos certos ranços corporativistas que entravam o pleno desenvolvimento da negociação coletiva, ou seja: o poder normativo da Justiça do Trabalho, a contribuição sindical obrigatória, a unicidade sindical e o regime de categorias.

Portanto, não é difícil concluir-se que, no Brasil, por suas condições peculiares, ainda hoje, mais importante do que a negociação coletiva é a lei do Estado, pois esta, como norma de proteção ao trabalho, a um só tempo, supre a insuficiência do sindicalismo brasileiro e mantém as reivindicações operárias no limite das possibilidades nacionais.<sup>189</sup>

Neste diapasão, entende-se que solucionar os problemas da estrutura sindical, dotando o sindicato de mais liberdade, aliado a uma solução justa da questão da proteção à relação jurídica de emprego são pressupostos urgentes para o desenvolvimento equânime da negociação.

#### **10.5. Negociação coletiva na legislação do Direito Internacional, notadamente pela Organização Internacional do Trabalho e no Direito pátrio**

A negociação coletiva de trabalho é valorizada, direta ou indiretamente, nos instrumentos do Direito Internacional, notadamente nos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), além das disposições do Direito positivo interno.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU) vários direitos ali assegurados, senão expressamente vinculados à negociação coletiva, aproximam-se desta, seja pelo fato de assegurar-se a liberdade de associação (artigo 20), de organização e associação sindical (artigo 23), de promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre exercício da personalidade, seja pelo estabelecimento de diretrizes de condições justas e favoráveis de trabalho e remuneração justa e satisfatória (artigo 23).

Também compondo a Carta Internacional dos Direitos Humanos, no sistema geral de proteção do Direito Internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos

---

<sup>189</sup> Idem, ibidem, p. 79.

Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, incorporado ao Direito Interno pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992, cuida da negociação quando trata da liberdade sindical, no artigo 8º, garantindo aos sindicatos o direito de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além das que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o artigo XIV dispõe que toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas, de onde se pode depreender que a negociação coletiva, entre outros mecanismos, faculta a melhoria da condição social e econômica.

Ainda, no sistema regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assegura o direito ao desenvolvimento progressivo dos direitos que decorrem de normas econômicas, sociais e outras (artigo 26), além do direito de liberdade de associação (artigo 16), do qual decorre o exercício da autonomia privada coletiva.

A Declaração Sóciolaboral do Mercosul, de dezembro/1998, além de cuidar do direito à liberdade de associação, prescrevendo no artigo 8º que “todos os empregadores e trabalhadores têm o direito de constituir as organizações que considerem convenientes, assim como de filiar-se a essas organizações, em conformidade com as legislações nacionais vigentes”, e da liberdade sindical, no artigo 9º (“os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a menoscabar a liberdade sindical com relação a seu emprego. Deverá garantir-se: a liberdade de filiação, de não filiação e desfiliação, sem que isto comprometa o ingresso em um emprego ou sua continuidade no mesmo; evitar demissões ou prejuízos a um trabalhador por causa de sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais; o direito de ser representado sindicalmente, de acordo com a legislação, acordos e convenções coletivos de trabalho em vigor nos Estados Partes”) estatuiu expressamente sobre a negociação coletiva, no artigo 10, estabelecendo que: “os empregadores ou suas organizações e as organizações ou representações de trabalhadores têm direito de negociar e celebrar convenções e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais”.

Coligado ao sistema geral de proteção internacional, no próprio ato de Constituição da Organização Internacional do Trabalho incluiu-se como obrigação do organismo instituído o auxílio na execução de programas que visassem, entre outros, “assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores para melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica” (item III, “e”, do Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Declaração referente aos fins e objetivos).

A OIT, em 1998, lançou declaração sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho que devem ser respeitados e promovidos por todos os membros da organização tão somente pelo fato de participarem do organismo ainda que não hajam ratificado as variadas convenções lançadas. Dentre os quatro direitos fundamentais reunidos nesta declaração estão o da “liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva” (item 2, “a”).

A Convenção 87, de 1948, da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, é a que trata da liberdade sindical e da proteção do direito sindical.

No artigo 2 desta Convenção ficou dito que “os trabalhadores e as entidades patronais, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito, sem autorização prévia, de constituírem organizações de sua escolha, assim como o de se filiarem nessas organizações, com a única condição de se conformarem com os estatutos destas últimas”.

Obviamente, pelo exercício livre da expressão sindical resultará uma negociação coletiva que atenda legitimamente aos interesses por ela veiculados, pois como visto pelas lições de Uriarte e Mario de La Cueva, a negociação coletiva é um dos três grandes temas do Direito Coletivo do Trabalho, ao lado do sindicato, com liberdade sindical e do exercício do direito de greve.

A Convenção 98, de 1949, da OIT, sobre a aplicação dos princípios do direito de sindicalização e de negociação coletiva, dispôs no artigo 4º sobre o fomento da

negociação coletiva da seguinte forma: “medidas apropriadas às condições nacionais serão tomadas, se necessário, para estimular e promover o pleno desenvolvimento e utilização de mecanismos de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, mediante acordos coletivos, termos e condições de emprego”.

Pelo artigo 6 desta Convenção estatuiu-se que a convenção não trataria da situação dos funcionários públicos a serviço do Estado e nem seria de algum modo interpretada em detrimento de seus direitos ou situação funcional.

Ficava a divergência, entretanto, quanto ao âmbito de aplicação da Convenção 87 aos servidores do Estado posto que neste diploma não se fazia distinção de qualquer espécie do direito de sindicalização e, por consequência, do direito de negociação coletiva de quem prestasse trabalho ao Estado.

Sobre isso esclarece Antônio Álvares da Silva:

Diante das dúvidas surgidas sobre a revogação da diretriz fixada na Convenção 87, os órgãos de controle da OIT interpretaram a expressão “funcionário público” como agentes da autoridade pública, isto é, altos funcionários que exercessem cargos de confiança ou cujo exercício importasse, em razão de posição hierárquica, em atos decisórios. A convenção foi ratificada por 115 estados-membros.<sup>190</sup>

O Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT expediu, entretanto, o verbete 893, cujo conteúdo é assim transcrito:

Todos os trabalhadores da administração pública, que não estão a serviço da administração do estado, deveriam gozar do direito de negociação coletiva e dever-se-ia dar prioridade a esse direito como meio de resolver os conflitos que possam surgir na definição das condições de emprego na administração pública.<sup>191</sup>

Por via das dúvidas, tratou a OIT de editar a Convenção 151, de 1978, e a Recomendação 159. A Convenção 151 trata do direito de sindicalização e relações de trabalho na Administração Pública e foi ratificada pelo Brasil, com a edição do

<sup>190</sup> SILVA, Antônio Álvares da. **Os servidores públicos e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p. 70.

<sup>191</sup> OIT. Liberdade sindical: recompilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1997. p. 193.

Decreto Legislativo 206/10 e depósito junto à OIT.

A Convenção 151, da OIT, direciona-se a todas as pessoas empregadas pela Administração Pública, com permissão, contudo, à legislação nacional de excluir do campo de incidência de suas regras os servidores ou empregados públicos de alto nível, considerados como aqueles que detêm alto poder decisório ou desempenhem tarefas altamente confidenciais, bem como os integrantes das forças armadas e da polícia<sup>192</sup>.

A Convenção 154, da OIT, dispôs, outrossim, sobre o fomento à negociação coletiva, tendo sido ratificada pelo Brasil e entrado em vigor em 10.7.93.

No plano jurídico interno, a ideia do pluralismo foi adotada com ênfase na Constituição Federal. A este respeito, faz-se alusão ao exposto no item 9.3 deste trabalho.

Relativamente ao servidor público, a resultante a que chegam os poucos doutrinadores que se debruçaram sobre o tema é que é plausível a instituição de um canal institucionalizado de diálogo entre servidores e Administração Pública.

Assim, por exemplo, José Cláudio Monteiro de Brito Filho menciona a experiência do Estado do Pará que editou a Lei n. 5.834/94, com a fixação de um órgão encarregado de negociar com os sindicatos<sup>193</sup>.

Não obstante, há divergência sobre a possibilidade desta negociação, empreendida pelos canais adequados, resultar efeitos concretos, eis que a contratação coletiva não seria permitida aos servidores públicos. A propósito, o mesmo autor paraense opina que a decisão do Supremo Tribunal Federal, na Adin 492-1-DF, quando declarativa da inconstitucionalidade da letra “a” do artigo 240 da lei 8.112/90 consistiu errônea interpretação da expressão “negociação coletiva”, confundindo-a com contratação coletiva, esta sim impedida pelo ordenamento

<sup>192</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação Coletiva no setor público**. São Paulo: LTr, 2007. p. 43.

<sup>193</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do Direito Comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa**. São Paulo: LTr, 2000. p. 179.

jurídico.

No item 11.12, procurar-se-á dar um enfoque mais preciso sobre as experiências nacionais.

Deve ser reconhecido, contudo, que há uma distância entre as posições doutrinárias e os julgamentos expedidos pelo Poder Judiciário, que ainda é renitente à ideia de admissão da negociação coletiva envolvendo a Administração Pública, pela prevalência dos princípios tradicionais do Direito Administrativo e das noções de soberania, hierarquia, legalidade e continuidade do serviço público<sup>194</sup>.

Deve-se fixar, também, uma distinção crítica entre o instituto da negociação coletiva em âmbito privado e na seara do relacionamento entre servidor e Administração Pública.

Para o seu desenvolvimento no âmbito privado deve-se aplicá-la com certo resguardo, a fim de não se utilizá-la para mera precarização de direitos, ou seja, a meta é a da melhoria da condição do trabalhador (artigo 7º, “caput”, da Constituição Federal), cumulada ao princípio norteador da interpretação dos direitos e garantias fundamentais, que é o da valorização da dignidade da pessoa humana. Em condições restritas é que poderá ser utilizada “in pejus”, notadamente quando estiver em cotejo valores constitucionais que se equiparam, avaliação que se realiza concretamente posto que os direitos fundamentais são caracterizados como relativos.

No âmbito público, o que se percebe é um posicionamento dos Poderes Executivo e Judiciário para restringir qualquer possibilidade de participação em negociação coletiva, apesar de, paradoxalmente, a Constituição Federal estabelecer os direitos à sindicalização e à greve ao servidor público.

Ora, não há razão hábil a distinguir o trabalhador público e o privado, a não ser naquelas funções, bastante restritas em que o poder de atuação do Estado

---

<sup>194</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação Coletiva no setor público**, cit., p. 45-46.



possa não atingir o fim social a que se propõe. Aí, entre os interesses sociais, da comunidade, e os da coletividade, deverão prevalecer os primeiros.

Entretanto, o que se verifica é que o apego a noções como as de soberania, hierarquia, legalidade e continuidade do serviço público impede que o servidor público exerça o direito ao pluralismo jurídico consagrado na Constituição como direito fundamental relacionado à liberdade associativa e sindical.

Quando do surgimento da primeira dimensão dos direitos fundamentais, direitos de resistência por excelência, a tônica era resguardar o indivíduo contra o Poder Estatal, de modo a criar um espaço possível ao exercício da autonomia da vontade.

Posteriormente, com a segunda onda dos direitos fundamentais, cumulativamente interpretados com os da primeira dimensão, a autonomia da vontade passou a ser concebida em seu aspecto coletivo, alcançando os grupos intermediários sociais, os sindicatos por excelência neles se enquadrando, titularidade para influir nas decisões internas que lhe dissessem respeito.

Na interpretação tradicional que se dá aos dispositivos da Constituição de 1988 veda-se, contudo, a esta ordem de trabalhadores a possibilidade de exercício mínimo do direito à negociação coletiva, o que muitas vezes vem a causar diretamente a conflagração de uma greve, justamente algo que se procura evitar com a prática negociadora regulada e institucionalizada.

Há, assim, direitos tratados de modos distintos, no âmbito privado e público, um motivado atualmente pelo espírito neoliberal de ampla possibilidade de desregulamentação, com tendência a prevalecer a negociação fruto do exercício da autonomia privada coletiva sobre o poder estatal de moderar a atuação dos corpos sociais, e outro, fundamentado na predominância dos princípios tradicionais do Direito Administrativo como empecilho ao exercício da autonomia privada coletiva pelos servidores públicos, os quais são em gênero cada vez mais proximamente identificados aos trabalhadores da iniciativa privada.

Não restam dúvidas de que a negociação coletiva foi prestigiada pela ordem constitucional de 1988 que consagrou valores como os da liberdade de associação e liberdade sindical, ainda que com os resquícios do sistema corporativista herdado da era Vargas, em que inexistente plena pluralidade que possibilite o manejo da negociação pelos corpos intermediários de maneira ágil e dinâmica.

A Carta de 1988 demarcou o processo de democratização do país, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar, caracterizado pela supressão de direitos, passando a institucionalizar os direitos humanos fundamentais, numa concepção democrática do Estado de Direito<sup>195</sup>.

Como resultado do novo diploma, considerado em sua unidade, o que sobrepõe é a valorização da dignidade humana e o prestígio aos valores sociais, ou seja, nos é informado que toda a ordem constitucional irradia a dignidade da pessoa humana, porém não sob limites individualistas, alargando-se a dimensão dos direitos e garantias. Vale lembrar o perfil personalista da nova ordem, como defendido por Daniel Sarmento.

Da mesma maneira, a ordem jurídica internacional.

Mediante o uso da negociação coletiva, ainda poderão ser veiculadas muitas discussões que envolvam efetiva melhoria das condições de trabalho, utilizando-se o instrumento como modo de promoção da proteção à saúde e eugenia do ambiente de trabalho, de redução de desigualdades econômicas, adequando a distribuição de rendas, de emancipação política do trabalhador e de participação.

Não obstante, não se pode perder de vista que o instituto é originário das nações que primeiramente se industrializaram e se tornaram potências econômicas e sedes do capitalismo central. Nesses países, a característica perceptível é a de um real embate de forças e da depuração das arestas destas é que cresceu o Direito do Trabalho, em âmbito coletivo, com fortalecimento de seus institutos de modo real e não fictício.

---

<sup>195</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 58.

Houve assim, consoante Mozart Victor Russomano, uma estreita vinculação entre o desenvolvimento econômico nacional e o sistema de convenções coletivas. Sem aquele primeiro torna-se impossível a formação de uma massa operária sindicalizada organizada e resistente, capaz de participar com êxito na negociação direta com empresários<sup>196</sup>.

É sintomático, portanto, que a negociação coletiva só poderá galgar grau de empoderamento como verdadeira fonte normativa do Direito do Trabalho em sociedades que contar com um sindicalismo autêntico e de forte atuação e que haja igualdade, não apenas formal, mas material entre os movimentos sindicais e sociais e os representantes do poderio econômico.

Em países em que não houver demonstração clara deste fortalecimento o consenso sobre o procedimento não será bastante para a validação das normas criadas pelo exercício da autonomia privada coletiva, ficando a zona nebulosa de saber se houve real e válida expressão da vontade das entidades sindicais profissionais, notadamente em regimes em que inexistente proteção efetiva à relação de emprego.

Em caso de irreal expressão da manifestação da vontade pelos representantes da categoria profissional há que se cogitar da prática de lesão, instituto previsto no novo Código Civil Brasileiro, responsabilizando-se os dirigentes dos corpos sociais pelo abuso e irresponsabilidade, além da adoção em plano coletivo da teoria das nulidades trabalhistas pela qual se aproveita o máximo de atos em favor do empregado pela impossibilidade de retorno da mão de obra despendida.

---

<sup>196</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor *apud* SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**, cit., p. 77.

## **PARTE III**

### **A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DO SERVIDOR PÚBLICO**

## 11

## Negociação Coletiva no Serviço Público

Ficou famosa, pouco tempo após a edição da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>197</sup>, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 492-1, reconhecendo a procedência dos pedidos deduzidos pelo Procurador Geral da República.

O assunto da ação declaratória era a pretensão de extirpar do ordenamento jurídico o artigo 240, nas alíneas “d” e “e” da aludida lei.

Vale ressaltar que tais dispositivos já haviam sido vetados pela Presidência da República, mas o Congresso Nacional, em ato de coragem e lucidez, derrubou o veto. No entanto, persistentemente, a Procuradoria Geral da República ajuizou a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

Tais alíneas dispunham respectivamente:

“Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:

- a) .....
- .....;
- b).....
- .....;
- c).....
- .....;
- d) de negociação coletiva;
- e) de ajuizamento, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal.

Os argumentos do autor da ação, referentemente à negociação coletiva, assunto do qual se trata, foram os seguintes: a) a incompatibilidade com a sistemática da Constituição Federal, nos artigos 37 a 41, pois qualquer vantagem ao servidor deve ser atribuída em lei; b) o regime jurídico do servidor tem caráter

<sup>197</sup> Decisão publicada em 12 de março de 1993 e acórdão prolatado em 21 de outubro de 1.992

estatutário, objetivo, em que os direitos, deveres, garantias e vantagens são atribuídos unilateralmente, inclusive para alterá-los; c) as relações de Direito Público se caracterizam pela desigualdade jurídica entre as partes; d) quando a Constituição quis atribuir aos servidores direitos trabalhistas assegurados aos trabalhadores em geral, o fez de modo expresso. Não haveria razão para a Lei Maior efetuar a remissão a apenas alguns direitos especificados para os trabalhadores em geral, se todos estivessem no mesmo “status”; e) a superioridade jurídica do Estado nas relações com os servidores, pois objetiva única e exclusivamente a satisfação do interesse público; f) a indisponibilidade do interesse público.

Os pontos invocados pelo Procurador Geral (e também pela Sub-procuradora Geral, em seu relatório às fls. 212/221), em suma, podem ser reunidos em três grandes questionamentos: 1) a aplicação do **princípio da legalidade**; 2) a **supremacia do interesse público**, que confere ao Estado posição de superioridade, estabelecida “a priori” em relação ao particular e confunde em si toda a titularidade da definição e exercício do que seja interesse público, garantindo-o pela indisponibilidade. A questão da supremacia do interesse público revela-se, também, pela possibilidade de criação de estatuto de direitos e deveres do servidor e de promover sua alteração, unilateralmente.

O terceiro grande questionamento é saber qual a **fundamentação constitucional** do direito de negociação coletiva do servidor público. A ausência de menção, pelo artigo 39, ao artigo 7º, XXVI, que garante aos trabalhadores em geral o reconhecimento aos acordos e convenções coletivas, caracterizou uma lacuna intencional, isto é, foi um silêncio eloquente, pois a própria conformação do artigo 39 demonstrou que se pretendeu uma diferenciação do padrão de direitos trabalhistas entre uma categoria (servidores públicos) e outra (empregados do regime privado)?

Antes de esmiuçar cada um destes três pontos, porém, compete verificar qual o conteúdo da decisão prolatada pela Suprema Corte à época.

O voto vitorioso do relator, Ministro Carlos Velloso, iniciou pela concordância com a afirmativa de que o regime jurídico do servidor público, ainda quando adotada a contratação pela Consolidação das Leis do Trabalho é o de Direito Público. Desta

maneira, deu assentimento ao pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, como segue:

Este autor, aliás, sustenta que o regime jurídico não há de ser único para todos os servidores: certas atividades — atividades jurídicas e atividades fins do Estado — estão sujeitas ao regime estatutário; outras — as atividades meramente materiais e instrumentais, como, v.g., pessoal de obras — estarão sujeitas ao regime celetista (...). Isto, entretanto, não descaracterizaria a natureza estatutária do regime jurídico único. O que Celso Antonio ensina é que o regime contratual poderá ser aplicado para certas funções, funções subalternas, meramente materiais.

E prossegue, com Antônio Augusto Junho Anastasia, a dizer que:

o regime jurídico único do servidor público é de direito público, cuja relação funcional sob sua regência é unilateral, consubstanciando o regime em uma norma positiva — o estatuto, que alberga os direitos e obrigações dos servidores.

Assim, o regime celetista seria inadequado à Administração Pública, pois ao servidor se aplica regime objetivo, alterável de acordo com o Poder Público. Diversamente, apesar da franca intervenção do Estado na regulação das relações de trabalho de direito privado, ocorreria nestas amplo espaço para a autonomia da vontade.

Nas relações de Direito Público prevaleceria a desigualdade e nas relações de Direito Privado, aí albergadas as sujeitas ao Direito do Trabalho, a preponderância seria a igualdade.

Outro argumento foi o da estrita observância à legalidade como empecilho a qualquer exercício de negociação:

A negociação coletiva tem por escopo, basicamente, a alteração da remuneração. Ora, a remuneração dos servidores públicos decorre da lei e a sua revisão geral, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data (CF, art. 37, X, XI). Toda a sistemática de vencimentos e vantagens de servidores públicos assenta-se na lei, estabelecendo a Constituição isonomia salarial entre os servidores dos três poderes (CF, art. 37, XII), a proibição de vinculação e equiparação de vencimentos e que a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores do Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as

vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho (art. 39, § 1º).

Acresce que a Constituição deixa expresso que a lei que disponha sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, é de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, a), como é de iniciativa privativa do Presidente da República a lei que disponha sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis (CF, art. 61, § 1º, II, c). Quer dizer, a sistemática dos servidores públicos, regime jurídico, vencimentos e remuneração, assentam-se na lei, mesmo porque legalidade constitui princípio a que a Administração Pública deve obediência rigorosa (CF, art. 37).

A partir daí, arrematou que a indisponibilidade é decorrência da vinculação ao princípio da legalidade.

O único voto contrário, na ocasião, foi o do Ministro Marco Aurélio, que principiou trazendo elementos do Direito estrangeiro. Aduziu que durante muito tempo não se reconheceu o direito à sindicalização dos prestadores de serviço ao Estado, porém já em 1920, na França, autorizava-se o agrupamento de funcionários em associação e na composição de um Conselho, integrado por funcionários, representantes de pessoal e delegados ministeriais, com função consultiva em matéria de organização e imposição de sanções disciplinares. Na Espanha, em 1887, surgiu uma Lei Geral de Associações e em 1922, a Lei de Bases sobre funcionários com admissão do direito de associação. Na Inglaterra, as primeiras associações apareceram entre 1880 e 1890, com reconhecimento do direito de negociar em 1902. A partir de 1919, as associações passaram a desempenhar papel efetivo de colaboração com o Governo.

A partir da Segunda Guerra Mundial as principais Constituições da Europa promoveram avanço democrático para abandonar as reservas quanto a uma maior desenvoltura dos funcionários públicos. Assim, as Constituições francesa (1946) e a italiana (1947) incorporaram, expressamente, o direito à sindicalização.

Da mesma forma, quanto ao direito à greve, com relevo à situação da Constituição Espanhola, de 1978, que após prever, de modo abrangente, o direito à greve pelos trabalhadores, sofreu decisão da Corte Constitucional, em 1981, para esclarecer que a expressão “trabalhadores” abrangia também os funcionários



públicos.

Lembrou que nos países com um setor público consolidado reconhece-se algum tipo de negociação coletiva com os funcionários públicos, seja por um sistema de consulta, seja pela formalização de um acordo geral. Citou os exemplos do Presidente Kennedy, em 1962, e do Presidente Pompidou, que institucionalizou procedimentos para discussão de salários a serem observados no setor público.

Mencionou que a doutrina aponta pela tendência natural das relações humanas afastarem-se do autoritarismo e buscarem o entendimento, o que não quer dizer que não possam ocorrer limitações à negociação coletiva no setor público, a exemplo das leis espanholas 9/87 e 7/90.

Discorreu que é preciso abandonar posições rígidas, intransigentes e distorcidas da supremacia do interesse público:

Destarte, o que se nota é que o dia a dia da relação servidor público-Administração vem direcionando no sentido do abandono de posições rígidas e, portanto, de posições de intransigência. Pouco a pouco é abandonada a visão distorcida da necessidade de manter-se a supremacia da Administração Pública, alijando-se a introdução de todo e qualquer mecanismo que, de alguma forma, possa colocar em cheque a rígida hierarquia outrora notada no âmbito do serviço público. No exame do pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado nestes autos, impossível é desconsiderar a experiência de outros povos.

Em continuidade, observa que o dito regime “estatutário” é antiquado, na medida em que revela supremacia do Estado, “a ponto de ficar em plano secundário, em prol de um alegado interesse público, garantias tradicionais como as relativas ao ato jurídico perfeito e acabado e ao direito adquirido”. A suposta supremacia atinge a segurança das relações jurídicas e impinge notório desequilíbrio no trato com o servidor, o que é incompatível com a valoração social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito. Sintomático disso é o fato de que a carta constitucional de 1988 não conteve referência à espécie “funcionário público”, abandonando esta expressão, e a substituindo por servidor público, o que não aconteceu por simples preferência vernacular.

Destacou que a ordem constitucional de 1988 estendeu aos servidores direitos e garantias, algumas delas até então exclusivas da Magistratura, como a da irredutibilidade de vencimentos, do artigo 37, XV, inibindo a atuação administrativa neste campo tão importante, ainda que sob o dogma da conveniência e oportunidade do ato.

Do mesmo modo, na redação original do artigo 39, objetivou-se por um termo final no atentado que ocorria ao princípio da isonomia, na égide da Constituição anterior, quando coabitavam o mesmo teto três regimes diversos, o estatutário, o da CLT e o especial do artigo 106, o que justificava as mais discrepantes injustiças pelo argumento fácil da autorização constitucional.

Assim, procurou demonstrar que a introdução da nova Constituição visou aproximar o Estado dos servidores, intenção que não pode ser amesquinhada. Essa intenção foi ressaltada no artigo 39, § 2º, quando, apesar da liberdade conferida para a escolha do regime jurídico único a ser aplicável ao trabalhador, efetuou referência ao artigo 7º da Lei Máxima, com intuito de uniformizar situações de trabalhadores urbanos e rurais e dos servidores públicos.

Desta forma, independente mesmo da adoção de um regime único, os servidores teriam assegurado, como patamar, a garantia ao salário mínimo (inciso IV), a irredutibilidade dos salários (inciso VI), a observância do salário mínimo legal (inciso VII), o direito ao décimo terceiro salário (VIII), a percepção de salário noturno superior ao diurno (IX), salário família (XII), duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, mas admitida a compensação (XIII), direito ao repouso semanal remunerado (XV), à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento a do normal (XVI), gozo de férias remuneradas com um terço a mais (XVII), licença-gestante, sem prejuízo de emprego ou salário, com duração de cento e vinte dias (XVIII), licença-paternidade (XIX), proteção do mercado de trabalho da mulher (XX), redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (XXII), adicional relativo a atividades penosas, insalubres ou perigosas (XXIII), e a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, idade ou estado civil (XXX).

Acrescentou que desde a nova ordem constitucional não há mais razão para a expressão regime “estatutário”, nos moldes tradicionalmente acolhidos pelo Direito Administrativo. Assim, até mesmo a Lei n. 8.112/90 não configura regime estatutário, incompatível com a contratualidade:

Sob o ângulo da legislação comum, mais precisamente da Lei n. 8.112/90, também não se pode cogitar de regime estatutário, pois com este é incompatível a contratualidade. Leia-se o que se contém no artigo 13 da Lei no. 8.112/90, a revelar que direitos e obrigações são estabelecidos, no ato da posse, não para serem alterados pela União, no momento que melhor lhe parecer, e em vista da titularidade dos predicados “conveniência” e “oportunidade”, mas para serem observados. Rememore-se o teor do preceito:

Art. 13. A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.

Não existem, portanto, rigorosamente, fundamentos para a manutenção da posição de supremacia do Estado quanto aos trabalhadores servidores públicos.

Outro ponto destacado pelo Ministro Marco Aurélio é que o panorama constitucional de 1988 compreendeu a valia da atuação coletiva, tanto que previstos dois direitos fundamentais a esse propósito, o da sindicalização dos servidores e o da greve.

Abandonou-se a visão de que o agrupamento de servidores pudesse trazer risco ao bem comum visado pelo Estado e reconheceu-se instrumento para a correção de desigualdades.

Ora, a justificativa para o direito à associação sindical está na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, isto é, reconheceu-se que o diálogo do servidor, individualmente considerado, e a Administração Pública tende à fragilidade. Assim, “os mais fracos envolvidos na relação jurídica atuam em conjunto e, por isso, passam a dispor de tom de voz mais audível”.

Em reforço, foi garantido o direito à greve, ou seja, a demonstração coletiva de insatisfação com as circunstâncias do trabalho “por meio da paralisação dos serviços”.

Pergunta o Ministro sobre qual a finalidade de garantia de tais direitos ao servidor se o Estado com ele não puder negociar?

Para os que argumentam que, na outorga de direitos e vantagens, o Estado está jungido à previsão legal, consoante artigo 169 da Constituição, aludiu que este dispositivo foi previsto não para evitar riscos do conflito coletivo do trabalho, mas para evitar distorções de administradores inescrupulosos. Ademais, a negociação coletiva não visa a simples concessão de direitos. Pode mostrar-se hábil para encaminhar projeto de lei contendo condições de trabalho almejadas e para afastar o impasse do conflito seguido de greve. A adoção de procedimentos de negociação coletiva reforçaria, outrossim, a responsabilidade decisória da Administração. Além do mais, o Estado não pode se furtar a utilizar instrumento viabilizador da paz social e que tem como característica a busca do entendimento global e que, normalmente, coloca em plano secundário interesses isolados e momentâneos.

Quanto à ausência de menção ao inciso XXVI do artigo 7º, na referência feita pelo artigo 39 aos direitos do servidor público, há, efetivamente, um silêncio, o que não traduz amarra ao legislador ordinário, que pode avançar no campo social e prever outros direitos além dos previstos constitucionalmente.

Recordou o Ministro que, em se tratando de direitos sociais, a hierarquia das normas jurídicas não é a Constituição, mas o que for mais favorável ao trabalhador, categoria em que se enquadra o servidor público. Assim, por exemplo, a Lei n. 8.112/90 tratou de outorgar ao servidor direitos nem sequer cogitados no artigo 7º, como a licença para tratamento de saúde, por até dois anos, e o prêmio por assiduidade.

Desta maneira, se escapa à Administração valer-se da celebração de convenções coletivas, posto que não se constitui em sindicatos, é possível, de outra banda, o uso do acordo coletivo, pois não há o mesmo empecilho lógico. Aliás, o

Magistrado evoca a própria referência, feita no artigo 39, § 2º, aos incisos VI<sup>198</sup> e XIII do artigo 7º, que versam justamente sobre o acordo coletivo.

Como a negociação é a via pela qual se chega ao acordo coletivo, não se pode conceber que seja uma via de mão única, utilizável exclusivamente nos casos de redução salarial<sup>199</sup>, de jornada, ou para compensação desta.

Concluiu o voto, argumentando que o direito à negociação coletiva pelo servidor público é apreensível implicitamente do conjunto constitucional ou mesmo, de modo expreso, pela referência aos incisos VI e XIII pelo artigo 7º. Ressaltou que a negociação coletiva do servidor não tem a mesma amplitude da que acontece no setor privado, em face das limitações constitucionais, mas essa circunstância não autoriza a voltar a fase ultrapassada.

As razões apresentadas no voto divergente do Ministro Marco Aurélio enfrentam a controvérsia da utilização da negociação coletiva pelo servidor público de modo aprofundado e atualizado quanto ao papel da ordem constitucional de 1988.

Seus argumentos tornam difícil até complementar algo no que ainda falta desenvolver sobre o tema, pois vencem, por todos os lados, os raciocínios construídos sobre instituições tradicionais que não guardam eficácia sobre os tempos hodiernos.

A interpretação do Supremo Tribunal Federal e a da Administração Pública como um todo devem se atualizar, seja por incorporar o fenômeno da mutação constitucional, para dar atenção à mudança dos fatos sociais, seja apenas para pensar, de outra maneira, o que parecia claro desde o começo, que o direito à negociação coletiva não foi vedado ao servidor público, ainda que estivesse configurado como princípio implícito no texto constitucional.

---

<sup>198</sup> Quanto ao inciso VI, deve-se recordar que a Emenda Constitucional 19/98 suprimiu a possibilidade de redução salarial do servidor público mediante acordo ou convenção coletiva, subsistindo, contudo, o inciso XIII. Talvez por incompatibilidade com o artigo 37, XV, que dispõe, exatamente, sobre a irredutibilidade de vencimentos.

<sup>199</sup> À época.

Nos próximos itens pretende-se debruçar sobre cada um dos três questionamentos principais acima definidos, bem como sobre seus desdobramentos.

### **11.1. O mito da supremacia do interesse público**

Como visto, não se concebe atualmente o poder como um objeto, um meio para se obter certos efeitos pretendidos. A fundamentação do poder, nos dias de hoje, resulta de um conceito relacional, em que liberdade e poder estão entrelaçados. Não se legitima mais o poder somente como força coativa, mas, como defendia Hannah Arendt, pelo direito de associação.

Assim como a inversão de paradigma do pensamento político propiciou fundamentação teórica e filosófica para a conquista de direitos em face do Estado, consolidando a atuação de diversos movimentos de direitos fundamentais e humanos, é preciso ter em mente que os princípios que conferem legitimidade ao poder político, de forma que uma sociedade se torne mais estável e justa, são justamente aqueles correspondentes a uma perspectiva “ex parte populis”, ou seja, o princípio democrático do consenso, o apelo à natureza ideal e o progresso histórico (Bobbio).

A própria ordem constitucional iniciada em outubro de 1988 adotou uma cosmovisão personalista da sociedade, pela qual há um equilíbrio entre a liberdade e a autonomia individual e os valores comunitários, em proporção e razoabilidade.

A par disso, também foi enfatizado que a criação do Direito Administrativo mais do que limitação da atividade estatal visou a dar continuidade a estruturas de manutenção de um espaço infenso ao particular, à lei e ao Judiciário.

A Administração atuava dentro de uma perspectiva orgânica, sob concepções doutrinárias autoritárias que tinham na base a centralidade do ato administrativo e o exercício amplo do poder discricionário.

Acrescentava-se, ainda, a figura do Estado, identificado com a ordem jurídica e como único produtor de normatividade jurídica (monismo jurídico), em que frequentemente ocorria o fenômeno da interpolação alternativa, isto é, o Estado-ordem-jurídica era confundido com o Estado-sujeito de Direito.

O risco desta confusão era possibilitar, como acontecia no mais das vezes, a prevalência de administrações que davam um cunho privatístico ao Poder Público, conferindo ao Estado o perfil de patrimonialista, ou seja, o patrimônio público era tido como patrimônio do governante.

Por outro lado, foi visto que a influência da personificação jurídica do Estado acabou por mitigar, de certa forma, a visão unilateral do poder. Após a admissão do Estado dotado de personalidade jurídica pode-se vislumbrar a possibilidade de formarem-se relações jurídicas dele com os trabalhadores que lhe prestavam serviços e de assegurar a ambos direitos e obrigações recíprocas. Teorias que impossibilitavam superar a visão do agente público integrado à Administração, como as teorias do órgão e da impermeabilidade, acabaram por sofrer certo abalo.

Foi possível examinar, outrossim, que a negociação coletiva, além de meio de resistência do trabalhador, para criar uma ordem mais justa e como modo de exercitar seu “direito a ter direitos”, é uma forma de controle social se tomado em consideração que é um vício frequente nas administrações o do patrimonialismo.

Apesar de todas essas considerações, reputa-se necessário aprofundar ainda mais o exame do tão decantado princípio da supremacia do interesse público.

O que normalmente se ouve é que o Estado coloca-se em posição de superioridade como derivação da supremacia necessária e indispensável do interesse público, caracterizado pela sua indisponibilidade. O interesse público é de responsabilidade do Estado, exclusivamente.

A ideia em si pressupõe sociedade e Estado como compartimentos estanques, a cada um deles correspondendo delimitação da persecução dos interesses privados e públicos, respectivamente. As formas consensuais, neste

ideário, inexistem<sup>200</sup>, pois não haveria motivo para o Estado se colocar em acordo com os particulares sobre interesses que só incumbem a ele.

Contudo, como afirma Luísa Cristina Pinto e Netto,

Tais concepções devem ser superadas, apesar de ainda comparecerem com tamanha frequência nas manifestações de doutrinadores conhecidos no país, nos manuais de Direito Administrativo, principalmente quando se trata do regime jurídico-administrativo, onde aparecem como verdades indiscutíveis e insubstituíveis a indisponibilidade e supremacia do interesse público e a posição de superioridade do Poder Público, entendidos como obstáculos a práticas consensuais, como impositivos de atuações unilaterais autoritárias. De instrumentos para alcançar o bem comum, são transformadas em fins, em princípios que devem ser aceitos de forma absoluta e, assim, acabam por se tornar empecilhos ao alcance daquilo para o que deveriam colaborar.

O que se está afirmando pode ser concebido, por exemplo, no tratamento dado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello ao conteúdo do regime jurídico-administrativo. Afirma ele que o regime jurídico-administrativo se assenta em duas pedras angulares, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público pela Administração. Da supremacia do interesse público descendem, como consequências, a posição privilegiada do órgão que zela por este interesse e a posição de supremacia deste órgão nas relações com os particulares. Percebe-se, já aí, a ênfase que se dá à posição de supremacia nas relações jurídicas travadas pelo Estado, o que é reforçado pela ideia de que tais relações se caracterizam pela verticalidade, pois o Estado comparece em situação de autoridade, comando – há uma desigualdade em favor do Estado que possibilita a utilização de meios unilaterais impositivos.<sup>201</sup>

Hoje em dia ganha corpo o entendimento de que a participação política é instrumento de cooperação da sociedade com o Estado e que é recomendável afastar-se de formas não unilaterais impositivas, das quais não caibam o cidadão e o consenso<sup>202</sup>.

No magistério de Daniel Sarmiento, a preponderância “a priori” da supremacia do interesse público tem sido utilizada, no mais das vezes, para justificar a

---

<sup>200</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 30.

<sup>201</sup> A autora ressalta que não discorda que o interesse público seja fim a ser perseguido pelo Estado e que para isso possa se valer de determinadas prerrogativas e competências, mas discute que esses mesmos fins podem ser atingidos por outras técnicas, inclusive pela participação dos cidadãos, sem necessidade de existir um monopólio do Estado para definir o que seja o interesse público. Particularmente, entende este mestrando que cabe, sim, ao Estado imprimir a marcha a cumprir pela sociedade, privilegiando a promoção dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, econômicos e culturais, ainda mais numa sociedade como a nossa, ainda bastante desigualitária. Nesse sentido, as várias referências neste trabalho a Daniel Sarmiento, Rogério Gesta Leal, entre outros.

<sup>202</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 33.



inobservância dos direitos fundamentais e conserva traços autoritários:

Contudo, de um tempo para cá, vozes autorizadas vêm se levantando na doutrina para contestar a existência do princípio em pauta, ou para dar a ele uma nova formulação, mais compatível com os direitos fundamentais do administrado e o estatuto axiológico do Estado Democrático de Direito. E, como já afirmamos antes, nosso propósito no presente ensaio é o de juntarmo-nos ao coro desses autores, não só porque divisamos uma absoluta inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira, como também pelos riscos que sua assunção representa para a tutela dos direitos fundamentais. Parece-nos que o princípio em discussão baseia-se numa compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o *leitmotiv* do Estado Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos. Tentaremos, enfim, demonstrar que a cosmovisão subjacente ao princípio em debate apresenta indisfarçáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira, em cujo epicentro axiológico figura o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>203</sup>

Este autor explana que o conceito do que seja interesse público é absolutamente indeterminado no contexto de fragmentação e pluralismo da sociedade contemporânea, impossibilitando extrair uma noção homogênea do que seja bem comum e possibilitando, ao contrário, sua má utilização pelas autoridades públicas e servindo de fundamento para totalitarismos de diversas espécies.

Ao longo do tempo, três critérios foram edificados para demarcar o raio de ação dos Direitos Público e Privado: o critério da prevalência do interesse, o da natureza das relações jurídicas travadas e o subjetivo.

Pelo primeiro critério, corresponderia ao Direito Público o que manifestasse preponderância dos interesses públicos, e ao Direito Privado caberia disciplinar questões mais diretas dos indivíduos. No entanto, não é possível uma separação rigorosa.

No Estado de Direito, baseia-se, como visto, numa perspectiva “ex parte populi” das relações políticas, em que o Direito Público deve respeitar os interesses privados dos cidadãos, “sobretudo dos que se qualifiquem como direitos

<sup>203</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. (colab.) Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 26-27.

fundamentais”. Não é correta, portanto, a definição do Direito Público como prevalência do interesse público em face do individual. Ademais, como se conhece pelo fenômeno da constitucionalização dos vários ramos jurídicos do chamado Direito Privado, há, hodiernamente, uma proliferação de normas de ordem pública, como ocorre, por exemplo, no Direito Civil, no Direito Empresarial e, notadamente, no Direito do Trabalho.

De acordo com o segundo critério, é a natureza das relações estabelecidas entre os sujeitos que define o pertencimento a cada um desses campos: “no Direito Público, relações de autoridade e subordinação entre o Estado e o cidadão; no Direito Privado, relações de paridade e de coordenação, travadas por agentes em situação de igualdade”<sup>204</sup>. Não obstante, sabe-se que há relações no domínio privado marcadas pela desigualdade (a própria conceituação de contrato de emprego depende da ocorrência de subordinação jurídica do empregado ao empregador). Do mesmo modo, pressupor que as relações de Direito Público sejam de autoridade e subordinação desconsidera a tendência à consensualidade.

Pelo último critério, enquadram-se no Direito Público as relações em que o Estado compareça como um dos pólos da relação jurídica, enquanto no Direito Privado o Poder Público não se faz presente. No entanto, de acordo com o professor carioca, “tal critério pode ser objetado por várias razões. Primeiramente, porque se constata que são tradicionalmente inseridas no âmbito do Direito Privado relações em que o Estado necessariamente comparece (e.g., registros públicos). Ademais, tal critério ignora o fenômeno da “fuga para o Direito Privado” da Administração contemporânea, bem como o fato de que o Direito Constitucional – desde sempre qualificado como ramo do Direito Público – disciplina hoje também relações privadas”<sup>205</sup>.

Não há, desta maneira, um espaço claro e bem definido do que seja público e privado e esses âmbitos se interpenetram e pode-se perceber, ao longo da evolução histórica, que ora prevalece o público, ora o privado (muito embora se possa considerar, como exposto no item 6, que sempre houve uma natureza privatística na

<sup>204</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 31.

<sup>205</sup> Idem, *ibidem*, p. 32.

concretização do poder, ainda quando, aparentemente, prevaleça o público, como no regime absolutista ou no Estado intervencionista. Ainda mais se considerada a experiência patrimonialista brasileira).

Daniel Sarmiento destaca, em continuidade, como sintomático dessas novas inflexões entre público e privado, os fenômenos da “constitucionalização” de vários ramos de Direito Privado, desde a Constituição de 1988, além do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e é bom registrar que houve uma progressiva “constitucionalização” de vários ramos de direito privado desde a Constituição de 1988.

Sobre o primeiro fenômeno alude que o fato de o Direito Público se privatizar, no declínio do Estado Social, não anula a publicização do Direito Privado:

Ao contrário, vivencia-se hoje no país algo que ultrapassa a mera continuidade na edição de normas de ordem pública editadas para a disciplina das relações entre particulares. Trata-se de processo, já identificado com verdadeira “revolução copernicana” no Direito Privado consistente na sua progressiva constitucionalização.

Este fenômeno, que tem se verificado no Brasil a partir do advento da Constituição de 88, significa muito mais do que o mero tratamento em sede constitucional de matérias anteriormente afetas ao Direito Civil. Trata-se, antes, da imposição de uma releitura das normas e institutos do Direito Privado filtrados a partir da axiologia constitucional, diante do reconhecimento de que a Constituição não representa apenas a norma básica do Estado, tendo se convertido, nas palavras de Konrad Hesse, na “*ordem jurídico-fundamental da comunidade*”. Daí, passa-se a afirmar a necessidade impostergável de revisitação de vetustas categorias civilísticas, como propriedade, posse, contrato, família etc., que devem ser reconstruídas a partir de novos pilares assentados no solo constitucional, erigidos a partir de uma tábua axiológica pluralista, que continua protegendo a liberdade e a autonomia privadas – esteio das codificações do passado –, mas que incorpora também, com peso superlativo, os valores da solidariedade social, da igualdade substantiva e da justiça distributiva.<sup>206</sup>

Quanto à horizontalidade dos direitos fundamentais, discorre:

De fato, se no passado, considerava-se que tais direitos dirigiam-se apenas contra os poderes públicos, a doutrina e a jurisprudência hoje proclamam que, para bem desempenharem o seu papel de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, devem eles vincular também os particulares, muito embora esta vinculação revista-se de uma série de especificidades.

<sup>206</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 44-45.

Isto porque, se o poder e a opressão são onipresentes, os direitos fundamentais também devem espalhar-se pelas múltiplas esferas da existência humana, sob pena de não cumprirem integralmente a sua missão emancipatória. Todavia, há que se precaver, neste mister, contra o risco de amputação excessiva da autonomia privada existencial e asfixia da espontaneidade das relações humanas, que poderiam ser efeitos colaterais de um bem intencionado “fundamentalismo” de direitos fundamentais no campo das relações privadas. Afinal a autonomia privada também é uma dimensão relevante da dignidade humana, e os direitos fundamentais não podem converter-se num instrumento para imposição arbitrária do “politicamente correto” contra eventuais recalitrantes.<sup>207</sup>

Além desses fenômenos, a interpenetração registra-se, também, na presença atual de integrantes do chamado “terceiro setor”, composto de “ONG’s, associações de moradores, entidades de classe e outros movimentos sociais, que atuam em prol de interesses da coletividade”.

Arremata o autor que não há, em face da imprecisão e indeterminação dos conceitos de público e privado, grande utilidade na distinção para a resolução de conflitos de interesses, especialmente porque ambas as dimensões estão presentes, ao mesmo tempo, na vida humana e “é a pessoa, e não o Estado, o “valor fonte”, do ordenamento jurídico, na feliz expressão de Miguel Reale”. Ademais, não existem dois ordenamentos distintos, um de Direito público e outro de Direito privado, mas uma única ordem jurídica encimada pela Constituição, seus princípios e valores.

Quando se fala em supremacia do interesse público há de se atentar para que os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, ou seja, a previsão deles constitucionalmente não serve apenas para conceder faculdades para os indivíduos, mas constituem, também, dever de proteção do Estado. Em suma, também os direitos fundamentais e sua promoção configuram interesse público, pois protegem os bens jurídicos mais valiosos do Estado.

Desta forma, não raro as “colisões” entre o chamado interesse público e os interesses dos indivíduos (e aí estão também os dos servidores públicos, em relação à participação, liberdade de expressão, direito à sindicalização em

---

<sup>207</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 46-47.

integralidade) são muito mais aparentes que reais:

E aqui é importante destacar que, com grande frequência, a correta inteligência do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificarem como direitos fundamentais. Isto porque, embora os direitos fundamentais tenham valor intrínseco, independente de vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral. As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados.<sup>208</sup>

Não se pode esquecer, de outro lado, que também os interesses coletivos (nestes, entre outros, os da liberdade sindical) e difusos apontam para o interesse público:

Ademais, com o reconhecimento, pela ordem jurídica brasileira, de direitos fundamentais de titularidade transindividual, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), esta convergência se acentua, pois nestes casos o interesse da coletividade já é, por si só, direito fundamental, existindo plena identidade conceitual entre ambos.<sup>209</sup>

Também deve-se ter em conta que consiste interesse público, a ser perseguido pela Administração, a observância dos princípios fundamentais estatuídos nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal<sup>210</sup>.

No entanto, há possibilidade de que o interesse público travestido como direito fundamental (no caso do servidor público, por exemplo, o direito à liberdade sindical plena, com correspondência ao exercício da negociação coletiva) possa conflitar com outro tipo de interesse público que não se caracterize como um direito fundamental. Assim, exemplificativamente, quando um interesse da coletividade, como a observância das regras de dotação orçamentária e da limitação dos gastos públicos, conflite com algum anseio coletivo dos trabalhadores públicos, notadamente o de exercer o direito à negociação coletiva.

---

<sup>208</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 81.

<sup>209</sup> Idem, ibidem, p. 84.

<sup>210</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade – novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 110.

Não se pode negar que o interesse da coletividade aí é genuinamente público, pois visa evitar desvio de dinheiro, corrupção e outras mazelas comuns quando a Administração não é envolvida em regras claras e transparentes e não é fiscalizada.

Ora, nenhum direito é absoluto e nem mesmo os direitos fundamentais o são. Assim, mesmo o direito à negociação coletiva do servidor público, cuja concepção neste trabalho é o de sua categorização como direito fundamental social, deve ceder proporcionalmente e na medida da razoabilidade com outros interesses de estatura igual ou maior.

Na visão personalista da constituição brasileira, como defendida por Daniel Sarmento:

... O que se discute é se esta posição privilegiada dos direitos fundamentais, que se baseia não só em sólidos fundamentos morais, mas antes no próprio sistema constitucional, vai ao ponto de lhes atribuir uma prevalência absoluta e integral sobre outros bens jurídicos, mesmo os revestidos de estatura constitucional, não importa em que contexto fático. Na nossa opinião, a recusa à possibilidade de qualquer ponderação entre direitos fundamentais e interesses coletivos não parece conciliar-se com a premissa antropológica personalista, subjacente às constituições sociais. O personalismo, como já se destacou acima, não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão coletiva. Ademais, é importante lembrar que a distinção entre os direitos fundamentais e as diretrizes políticas, embora relevante, tende a esmaecer à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, que afirma que a efetivação destes direitos – não apenas os sociais, mas também os individuais e políticos – demanda a formulação e implementação de políticas públicas pelo Estado, e não meras práticas absenteístas.<sup>211</sup>

A contraposição entre um direito fundamental individual e um interesse coletivo não é, contudo, realizada pelo aplicador a “priori”, como ponto de partida, de modo que sempre os direitos fundamentais venham a ser afastados. Como ressaltado com insistência, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são pauta civilizatória mínima da Constituição de 1988 e o Estado gira em torno destes conceitos.

---

<sup>211</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 86-87.

Assim, os direitos fundamentais admitem limites, porém não basta a mera alegação de “interesse público” ou “interesse coletivo”, de modo vago e indeterminado, para afastá-los.

E quais são esses limites?

Esses limites podem apresentar-se sob três formas: (a) mediante prévia definição de quais sejam no texto constitucional; (b) podem ser autorizados, pelo legislador constitucional, mediante a edição de uma lei restritiva; (c) ou decorrerem de restrições não expressamente aludidas na Lei Maior.

A primeira hipótese se refere àquelas situações aprioristicamente excluídas da abrangência do direito fundamental no próprio corpo constitucional, como no caso da liberdade de reunião que não inclui a possibilidade de reunir-se com armas (art. 5º, XVI) ou a desapropriação de um imóvel mediante prévia e justa indenização (art. 5º, XXIV). Houve uma ponderação de interesses feita de antemão pelo legislador que não necessita recorrer ao argumento da supremacia do interesse público.

A segunda situação é atinente àqueles direitos em que a Constituição possibilita ao legislador infraconstitucional restringir o direito fundamental, estabelecendo previamente as hipóteses e finalidade da restrição (reserva legal qualificada) ou não (reserva legal simples). Exemplo da primeira seria o artigo 5º, XIII, que prescreve ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, e do segundo o artigo 5º, LVII, pelo qual o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Porém, mesmo no caso da reserva legal simples (e, obviamente, também na qualificada), não se outorga ao legislador um “cheque em branco” e só são admitidos limites ao direito fundamental<sup>212</sup> que estejam previstos em (a) “leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; (b) o respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e

---

<sup>212</sup> São os chamados “limites dos limites”.

proporcionalidade em sentido estrito; e (c) o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão”. No caso da reserva legal qualificada, a restrição do legislador deve corresponder àquela autorizada na Carta Política.

A lei restritiva de direitos fundamentais não deve, contudo, ser erigida em termos muito vagos ou abstratos, porque pode dar azo a uma margem discricionária exagerada ao administrador ou a outro aplicador, causando insegurança:

Na verdade, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais – como a da supremacia do interesse público – implica também em violação aos princípios democráticos e da reserva da lei, em matéria de limitação de direitos, já que transfere para a Administração a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental. Ademais, dita indeterminação pode comprometer a sindicabilidade judicial dos direitos fundamentais, por privar os juizes de parâmetros objetivos de controle.

(...) Por isso, não seria possível instituir por lei, nem muito menos reconhecer, à falta dela, a existência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais, baseada na supremacia do interesse público. Além de todos os outros problemas já suscitados, o certo é que uma restrição desta ordem debilitaria em excesso os direitos fundamentais, tornando-os reféns de valorações altamente subjetivas e refratárias à parametrização por parte dos aplicadores de Direito.<sup>213</sup>

A última limitação ocorre quando, apesar de não existir prévia referência na Constituição ou mesmo remissão a legislador infraconstitucional, o próprio direito fundamental se torna incompatível com outro direito fundamental ou interesse público resguardado no quadro das normas constitucionais.

Assim, em casos concretos não há solução fornecida pelo constituinte para o aparente conflito entre dois direitos ou princípios, passando a depender da ponderação das situações casuísticas pelo aplicador do direito, muitas vezes o administrador. Uma conclusão se admite daí: não seria possível, a bem da supremacia da Constituição, a colisão de um direito ou princípio com envergadura constitucional com interesses de nível legal ou infralegal sem berço constitucional.

Na verdade, o chamado princípio (ou princípio implícito) da supremacia do

---

<sup>213</sup> SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 96-98.



interesse público é incompatível com a aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>214</sup>, utilizado como parâmetro de aferição de constitucionalidade das restrições dos direitos fundamentais ou da ponderação entre eles.

Este princípio é desdobrado em três subprincípios, o da adequação (as medidas adotadas devem se mostrar aptas a atingir os fins pretendidos, ou os fins devem estar ajustados aos meios), o da necessidade ou exigibilidade (a averiguação se inexistente meio menos gravoso para o fim visado) e a proporcionalidade “stricto sensu”, que é a própria ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, levando em conta o conjunto dos interesses em jogo.

Como o princípio da proporcionalidade age mediante uma ponderação, um sopesamento entre dois valores erigidos na carta constitucional, não há como se dizer que um deles (o chamado interesse público) tenha preponderância sobre o outro, interesse “privado” dignificado como direito fundamental.

Aliás, contrariamente, a se pensar na assunção da dignidade da pessoa humana como um superprincípio, com inflexões por toda a ordem jurídica não faz sentido estabelecer a limitação dos direitos fundamentais como suposição fixada de partida.

Ademais, em qualquer ponderação de interesses pela aplicação da proporcionalidade não se pode olvidar que há uma obrigação de respeito ao núcleo

---

<sup>214</sup> É oportuno identificar, tal como Paulo Bonavides, que a ascensão do princípio da proporcionalidade como meio de interpretação constitucional, aconteceu em mesmo momento do declínio do princípio da legalidade em prol da constitucionalidade, no novo Estado de Direito: “As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau – titular do poder de reforma constitucional – configuram, conforme já assinalamos, a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do *princípio da constitucionalidade*, hegemônico e moderno, sobre o velho *princípio da legalidade* ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal”.

“Mas essa supremacia, introduzida de maneira definitiva pelo novo Estado de Direito, somente cobra sentido e explicação, uma vez vinculada à liberdade, à contenção dos poderes do Estado e à guarda eficaz dos direitos fundamentais. Aqui o princípio da proporcionalidade ocupa seu lugar primordial. Não é sem fundamento, pois, que ele foi consagrado por princípio ou máxima constitucional”.

“Fica assim erigido em barreira ao arbítrio, em freio à liberdade de que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 400).

essencial do direito fundamental.

A negação à negociação pela coletividade dos servidores públicos nos assuntos conflituosos que lhe dizem respeito, pressuposta essa faculdade como direito fundamental que ressaia do conjunto constitucional, implicaria por desrespeitar o núcleo essencial.

Perceba-se que até mesmo as restrições orçamentárias ou de reserva legal, como no caso de iniciativa privativa do chefe dos Poderes para determinados tipos de lei, não podem caracterizar empecilho ao procedimento democrático de serem discutidas as soluções com os destinatários diretamente interessados nos efeitos das normas. Existe, por exemplo, a possibilidade de uma negociação consultiva prévia à remessa do orçamento ao Legislativo, ou a previsão antecipada de créditos que possibilitem a negociação no decorrer do ano, e, em certos casos, o reconhecimento da prevalência dos direitos sociais, como sucede, por exemplo, no Direito alemão.

Não se quer com isso dizer que os interesses colocados em mesa pelas associações dos servidores sempre venham a caracterizar direitos fundamentais. Podem ser simples interesses particulares desprovidos de maior fundamentalidade, mas o direito à negociação coletiva em si, como instância procedimental democrática, não pode ser negado. A discussão sobre as limitações de conteúdo é assunto que diz respeito à materialidade da negociação, se será esta suficiente a produzir um ato normativo ou a instar o governo a assumir um compromisso.

Como decorrência da alegação do princípio da supremacia do interesse público encontra-se, frequentemente, a alegação de que o regime jurídico dos servidores públicos é o estatutário, imposto unilateralmente e alterável a qualquer momento, a talante da Administração.

Esta argumentação merece um exame mais aprofundado, o que será realizado nos itens seguintes.

Outras ideias podem ser aproveitadas também para a desconstrução do mito

da “supremacia do interesse público”.

Primeiro, a própria conformação como princípio.

Humberto Ávila, por exemplo, após investigar se o chamado “princípio da supremacia do interesse público” seria um axioma (proposição cuja veracidade é aceita por todos), do qual não seria necessário prová-lo, pois decorrência lógica e autoevidente, ou se enquadrável em postulados normativos ou ético-políticos<sup>215</sup>, ou ainda, como terceira hipótese, se estaria em grau de correspondência com uma norma-princípio<sup>216</sup>, que institui uma razão “prima facie” de decidir, conclui, segundo a aplicação da Teoria Geral do Direito,

... que o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” não é, rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio:

- conceitualmente ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas;

- normativamente ele não é uma norma princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente;

- ele não pode conceitualmente e normativamente descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode “o” interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados”.

As ponderações feitas tornam também claro que este “princípio” não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo:

- ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público;

- ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um “princípio abstrato de supremacia” teríamos “regras condicionais concretas de prevalência” (variáveis segundo o contexto).

Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse “princípio”. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da

<sup>215</sup> Postulados normativos são “entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”, como os postulados da coerência, integridade e reflexão em relação ao sistema jurídico. Assim, o sistema só inteligível mediante a incorporação de tais postulados. Postulados ético-políticos são condições de conhecimento do fenômeno jurídico do ponto de vista das ciências políticas e procuram explicar as causas do surgimento de determinadas normas jurídicas. (ÁVILA, Humberto. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p 176-179).

<sup>216</sup> Dentro da concepção da Teoria Geral do Direito de que as normas são divisíveis em normas-princípio e normas-regras

unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais.<sup>217</sup>

Não se pode confundir o interesse público como finalidade da Administração, ou seja, como meta, e a ideia de que haja uma prévia prevalência entre os interesses públicos e privados a ser definida discricionariamente pelo administrador:

Outro desenvolvimento a respeito do tema da pretensa supremacia do interesse público é o apresentado por Luís Roberto Barroso, que efetua a distinção entre interesses públicos primários e secundários: “interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado com o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.”<sup>218</sup>

O interesse público primário pode ser defendido, exemplificativamente, por particulares ou associações civis, como pelos instrumentos da ação popular e ação civil pública, ainda que conflitante com interesses secundários do Estado.

O autor não descarta a importância dos interesses secundários, porém alerta que não é legítimo o sacrifício do interesse primário para atendimento daqueles.

O interesse primário, muitas vezes, coincide com a satisfação de determinados interesses privados, notadamente em um Estado de direito democrático e convive com valores fundamentais. O interesse primário, nesta concepção, pauta as relações entre os particulares, entre estes e as pessoas jurídicas de direito público e destas entre si. Sob este prisma ele realmente não é passível de ponderação, mas edifica-se como um parâmetro de ponderação, pois consiste “na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete

---

<sup>217</sup> ÁVILA, Humberto. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. 213-214.

<sup>218</sup> BARROSO, Luís Roberto. In prefácio à obra de SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. xiii.

cabe preservar ou promover”<sup>219</sup>.

Na colisão entre dois interesses primários, o deslinde será conforme dois critérios: a dignidade humana e a razão pública. A primeira, como já asseverado, implica defender a pessoa como um fim em si mesmo e não como meio.

O segundo implica afastar dogmas religiosos ou ideológicos para utilizar-se argumentos que sejam legitimados por todos os grupos sociais:

O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos - cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores - e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. Ela consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político. Um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos hegemônicos no momento. O interesse público primário não se identifica, por exemplo, nem com posições estatistas, nem antiestatistas. Tais posições correspondem a doutrinas particulares, como o socialismo e o liberalismo econômico. Para que um direito fundamental seja restringido, em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos.<sup>220</sup>

Como prometido, nos próximos itens pretende-se focar as diversas teorias que informaram o relacionamento profissional entre o agente público e o Estado, bem como exibir que a concepção da teoria estatutária visou justamente a esconder um parâmetro ideológico, não sendo uma resultante necessária, mas uma opção dentre outras. Antes, porém, é necessário elucidar o campo de ação de certas expressões de Direito Administrativo, tais como “agente público”, “servidor público”, “função pública” e “funcionário público”.

## 11.2. As expressões “agente público” e “servidor público”

<sup>219</sup> BARROSO, Luís Roberto. In prefácio à obra de SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. xvi.

<sup>220</sup> BARROSO, Luís Roberto. In prefácio à obra de SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**, cit., p. xvi e xvii.

A expressão “agente público” engloba vasta gama de situações distintas em que uma pessoa instrumentaliza uma atuação estatal. Deve-se, por conseguinte, distinguir as várias espécies relacionadas ao agente público e visualizar os regimes jurídicos, respectivamente, aplicáveis.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona que apenas de alguns tempos para cá os doutrinadores passaram a falar em agente público em sentido amplo, equivalente a todos os tipos de realidades em que um indivíduo exprima a manifestação estatal.

O termo corresponderia a “servidor público”, porém, no texto constitucional não há uniformidade no seu uso:

Isso significa que “servidor público” é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado. Nenhuma vez a Constituição utiliza o vocábulo **funcionário**, o que não impede seja este mantido na legislação ordinária.<sup>221</sup>

Essa ambivalência de sentidos do termo transparece na leitura das seções I, II e III no capítulo concernente à Administração Pública. Na seção II, “servidor público” designa os que prestam serviços com vínculo empregatício à Administração pública direta, autarquias e fundações públicas. Na seção I estão contidas disposições gerais abrangentes de todas as pessoas que prestam serviços à Administração Pública direta e indireta, englobando as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado. Na seção III, desde a emenda constitucional 18/98 não mais se faz alusão à denominação “servidores militares” mas apenas a “militares”.

A expressão “agente público”, assim, de acordo com Maria Sylvia, é utilizada para quatro categorias distintas: (a) agentes políticos, (b) servidores públicos<sup>222</sup>, (c)

<sup>221</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 442.

<sup>222</sup> Maria Sylvia subdivide os servidores públicos, ainda, em servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários do artigo 37, IX, da Constituição, que exercem função, sem estarem vinculados a cargo

militares e (d) particulares em colaboração com o Poder Público.

Essa divisão é bastante parecida com a proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual dividia os chamados agentes públicos em: (a) agentes políticos, (b) servidores públicos e (c) particulares em colaboração com o Poder Público.

Posteriormente às emendas constitucionais 19 e 20, Celso Antônio preferiu a divisão em (a) agentes políticos, (b) servidores estatais e (c) particulares em colaboração com o Poder Público.

Na categoria “servidores estatais” são incluídas as subespécies de (b.1) “servidor público”, relativamente aos “servidores públicos civis”, (b.2) empregados das pessoas estatais de Direito público e (b.3) servidores das pessoas governamentais de Direito Privado<sup>223</sup>.

Ou seja, como servidores estatais estão todos aqueles que mantêm relação de trabalho de natureza profissional com o Estado, de caráter não eventual e sob vínculo de dependência. Se assumirão vínculo de Direito Público ou de Direito Privado, ou, ainda, um vínculo misto, é outro assunto. O que importa, em suma, é saber se há um âmbito de permanência na prestação do trabalho. Diferentemente ocorre com os “particulares em colaboração com o Estado”, em que estão os *“contratados por locação civil de serviços, os requisitados para a prestação de atividades públicas – que exercem munus público – os gestores espontâneos da coisa pública – que o fazem sponte propria em virtude de situações de excepcional necessidade – os concessionários e permissionários de serviços públicos e delegados de função ou ofício público”*<sup>224</sup>.

---

ou emprego público.

<sup>223</sup> Na verdade, os servidores públicos (servidores estatais) permitem subcategorias diferenciadas por determinados critérios. Conforme a natureza das atribuições que exercem, podem ser: a) servidores públicos civis ou b) servidores públicos militares. Os servidores públicos civis subdividem-se em a.1) servidores das pessoas jurídicas de direito público; a.2) servidores públicos das pessoas paraestatais de direito privado (das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais de direito privado). Pelo critério da ocupação do servidor no exercício de suas atribuições poderá ser: a) servidor público permanente, que exerce funções em caráter efetivo e com continuidade, seja estável ou em estágio probatório, visando a estabilidade; b) servidor público temporário. Conforme a esfera de Poder Estatal a que se vincula, poderá ser a) federal, b) estadual, c) distrital ou municipal. Consoante o critério da natureza jurídica do vínculo que o liga à entidade a que serve: a) servidor regido pelo Direito público, b) servidor regido pelo Direito privado.

<sup>224</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 19.

Na especificação dos colaboradores com o Estado, comparativamente aos servidores estatais, ou falta a profissionalidade, ou carecem a permanência ou subordinação.

Dentro do assunto analisado neste trabalho, não se antevê correspondência entre negociação coletiva e os particulares em colaboração com o Estado, o que não quer dizer que possam lograr algum tipo de diálogo democrático com a Administração. Interessa perquirir aqui, contudo, basicamente, sobre a possibilidade de canais democráticos de entendimento entre o servidor estatal e o Estado.

Quanto aos agentes políticos, “são os titulares dos cargos componentes da estrutura política fundamental do Estado, constitucionalmente consagrada. São aqueles que determinam as diretrizes políticas do Poder Público. “Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado”, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>225</sup>.

Há muita controvérsia, principalmente entre os doutrinadores, quanto a definir quais os tipos de agentes públicos são passíveis do enquadramento como agentes políticos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a exemplo de outros, coloca somente ali os que exercem atividades típicas de governo e exercem mandato em virtude de eleição. Assim, os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual, municipal, os Ministros e os Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. “A forma de investidura é a **eleição**, salvo para os Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante **nomeação**”<sup>226</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello insere na categoria não apenas a noção de governo, o que seria um aspecto subjetivo, mas também a de exercício de função política, elemento objetivo. Deixa de fora, contudo, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

---

<sup>225</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. (1998) Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais, p. 9.

<sup>226</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, cit., p. 445.



Alguns incluem<sup>227</sup> somente a cúpula do Poder Judiciário, pois são os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em última instância e definitivamente, que decidem acerca do direito positivo.

Hely Lopes Meirelles arrola como agentes políticos os magistrados em geral, os membros do Ministério Público, os dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e outras autoridades que ajam com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais.

Maria Sylvia ressalta que há uma tendência atual a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos. Dá a entender que concorda com o entendimento em relação à Magistratura, desde que presente o sentido em que a função é tida como política. Não significa que os membros do Judiciário participem do Governo ou que suas decisões sejam baseadas em critérios de conveniência e oportunidade, mas que a atividade deles é parcela da soberania do Estado.

Quanto ao Ministério Público, segundo a autora, a inclusão atualmente feita justifica-se pelas funções de controle atribuídas no artigo 129 da Constituição Federal, porém quanto “à forma de investidura e aos vínculos com o Poder Público, sua situação iguala-se à dos servidores públicos estatutários, ainda que submetida a estatuto próprio”<sup>228</sup>.

A tendência atual é corroborada pelo texto constitucional nos artigos 37, X e XI e 39, § 5º, quando distingue a remuneração dos servidores públicos e os subsídios dos agentes políticos, nestes incluídos os membros da Magistratura e do Ministério Público.

Porém, não há como se dizer que já esteja superada a divergência. O que possui unanimidade entre os autores é considerar que aos integrantes da categoria “agentes políticos” está adstrito o denominado regime estatutário, pois suas

---

<sup>227</sup> Aliomar Baleeiro, exemplificativamente.

<sup>228</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, cit., p. 445.

relações com o Estado são institucionais, informadas por normas de Direito Público unilateralmente estabelecidas e unilateralmente derogáveis.

No entanto, chama-se atenção ao fato de que assim como não há diferenças substanciais entre os regimes dos servidores públicos civis e dos empregados públicos civis para justificar que se exclua dos primeiros o direito à negociação coletiva<sup>229</sup>, é necessário que se reflita também sobre a importância de garantir aos agentes políticos, e do mesmo modo aos militares, vias institucionalizadas de diálogo.

A Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho, sobre relações de trabalho na função pública, estabelece que “devem ser adotadas medidas apropriadas para encorajar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação sobre as condições de trabalho entre as autoridades públicas e as organizações de empregados públicos ou de qualquer outro método que permita aos representantes dos empregados públicos participarem da determinação dessas condições”.

Estatui também que suas disposições são extensíveis a todas as pessoas empregadas na Administração Pública, porém permite (ênfatisa-se: permite e não obriga) que sejam excetuados de seu âmbito de incidência os agentes de nível elevado, nos quais as funções sejam de direção ou os agentes detenham atribuições e responsabilidades de caráter confidencial, como no caso dos militares.

No entanto, é fundamental que, para ocorrer integral independência funcional dos agentes políticos, estes devem participar de assuntos que lhe digam respeito, assim como os demais trabalhadores públicos. É claro que a negociação desses agentes são sujeitas a maiores limitações que as dos demais agentes públicos. Do mesmo modo se dá quanto ao procedimento de diálogo dos servidores e empregados públicos em relação ao correspondente direito coletivo assegurado aos trabalhadores da iniciativa privada, que sofrem menor grau de contingência em relação àqueles.

---

<sup>229</sup> Aliás, rigorosamente, o entendimento oficial ainda predominante é que não se garante o direito à negociação coletiva às duas espécies de servidores estatais, os servidores públicos civis de regime estatutário e os empregados públicos, de contratação celetista.

Garantir aos agentes políticos o direito à participação, seja pela via consultiva, previamente ao “fechamento” do orçamento do ano seguinte, quando se tratar de questões salariais, seja posteriormente, pode trazer um grau de crescimento e conscientização nas discussões.

A realidade brasileira demonstra que, notadamente no relacionamento entre os Poderes Judiciário e Legislativo, quando o primeiro toma alguma decisão que atinge o segundo, fica mais sujeito a retaliações de diversas ordens. Se algum magistrado ou alguma decisão do Supremo Tribunal Federal incomoda parlamentares estes atravancam os interesses dos integrantes do Judiciário.

Em um país em que grassa a corrupção nos partidos políticos, em que há uma verdadeira licitação de cargos públicos no Poder Executivo em troca de apoio político, em que parlamentares “saltam” de um partido para o outro sem maior compromisso ideológico ou mesmo se envolvem em denúncias e escândalos, atitudes assim são assumidas como um legítimo procedimento negociatório, quando, em realidade, referem-se a falsas negociações e pressões políticas indevidas. Torna-se temerário, nesta conjuntura, impedir o controle dos destinatários das normas.

Não se quer com isso afirmar que deva ser restringida a prerrogativa legiferante do Parlamento, porém que esta deve sofrer controle e fiscalização mais efetivos, e uma das formas, seguramente, é assegurar aos demais integrantes da categoria “agentes políticos” (e não só aos parlamentares), além dos outros servidores estatais (quicá também com a participação da comunidade civil) o poder de fixar remunerações e subsídios. Desta maneira, impede-se que apenas uma restrita parcela dos “agentes políticos” possa influir e manipular questões que digam respeito a outros agentes políticos e agentes públicos.

Da mesma forma, não parece democrático impedir aos militares o exercício de direitos coletivos, posto que, em última instância, são também trabalhadores. Neste diapasão, pugna-se por um rejuvenescimento da Constituição<sup>230</sup> para que se

---

<sup>230</sup> A Constituição da República veda aos militares a sindicalização e a greve (artigo 142, § 3º, IV), razão pela

aprimore a garantia de direitos sociais coletivos também a esta espécie de trabalhadores, ainda que com limitações.

Quanto aos servidores estatais, entre os servidores públicos civis e empregados públicos o entendimento predominante é que não é possível a negociação coletiva oficialmente. Não obstante, acabam por acontecer negociações oficiosas, instadas por pressões momentâneas e políticas, especialmente para por fim a movimentos paredistas. O interessante a se observar é que mesmo quando o Poder Público adota o chamado regime contratual da Consolidação das Leis do Trabalho, ainda assim, fica vedada a instância da negociação, não obstante aparentar esse regime um grau maior de nivelamento do Estado ao particular.

O que se percebe é que as divergências entre o chamado regime estatutário, do “funcionário público” e aquele do empregado com vínculo empregatício não persistem a um exame mais aprofundado e residem basicamente em argumentos ideológicos e unilateralistas.

Quanto aos “servidores das pessoas governamentais de Direito Privado” na acepção utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello em relação aos empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas que exploram atividades econômicas, há a garantia da negociação coletiva, em virtude da adesão obrigatória ao regime trabalhista da iniciativa privada, de acordo com o artigo 173, § 1º da Constituição da República.

Isso pode ser apreendido pela interpretação a “contrario sensu” da orientação jurisprudencial 5, da Seção de Dissídios Coletivos, do Tribunal Superior do Trabalho (“Dissídio Coletivo contra pessoa jurídica de direito público. Impossibilidade jurídica. Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não se lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal”).

Obviamente, que estarão adstritos à observância do teto remuneratório do artigo 37, § 9º da Carta Política.

---

qual não lhes cabe a negociação coletiva.

Neste sentido, é interessante observar que a União, desde 31 de agosto de 1993, mediante Decreto n. 908, permite a celebração de acordos coletivos de trabalho e a instauração de procedimentos relativos a negociações coletivas de trabalho. Dentre as disposições a serem obedecidas e que atuam como limites materiais à negociação estão a disponibilidade de recursos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social (artigo 3º, I) e a autorização expressa do Comitê de Coordenação das Empresas Estatais (CCE), para as hipóteses de aumentos reais de salário, concessões de benefícios e vantagens ou reajustes acima dos limites estabelecidos em lei (artigo 3º, II).

Ora, verifica-se que mesmo em casos em que o Estado atua para cumprir “relevante interesse coletivo” ou por “imperativos de segurança nacional” (artigo 173, “caput”, da Constituição), as restrições orçamentárias ou argumentos de reserva legal não emperram a possibilidade da negociação coletiva nas empresas públicas, apesar de também nestas ocorrer uso e gerenciamento de dinheiro público, o que as sujeita, inclusive, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial<sup>231</sup>.

### **11.3 As expressões “função pública” e “funcionário público”. A crise do modelo tradicional de relação estatutária**

Para finalizar, deve-se mencionar a respeito de outra acepção equivalente à de agente público, também utilizada com cunho amplo, que é “função pública”, adotada, por exemplo, por Florivaldo Dutra de Araújo e Luísa Cristina Pinto e Netto.

O Estado organiza-se, singelamente, para o cumprimento de atividades legislativas, administrativas e jurisdicionais. Normalmente, tais atividades são

---

<sup>231</sup> A propósito, o artigo 170 da Constituição da República: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

designadas como poderes (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário), porém considerado que o Poder do Estado, rigorosamente, é uno e indivisível e o mais próprio a se falar são funções, e não poderes. Assim, a função legislativa, a função administrativa (ou executiva) e função jurisdicional.

O Estado, contudo, pode ser considerado em sua estrutura como conjunto de órgãos, os quais, em aspecto dinâmico, desempenham funções estatais. Daí se falar em órgãos legislativos, executivos ou jurisdicionais (ou judiciais), que desempenham, respectivamente, funções legislativas, executivas, ou jurisdicionais.

Os órgãos públicos, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello são “círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos” ou “constelações de funções unitariamente consideradas, cuja reunião coincide com a totalidade das atribuições do Estado”<sup>232</sup>.

Desta maneira, a expressão “função pública” significa o desempenho de qualquer atividade estatal, seja qual for o vínculo que liga o indivíduo ao Estado, isto é, seja qual for a natureza do agente público encarregado de exercê-la. Não haveria, por conseguinte, analogia com o termo “funcionário público”.

Pode-se até dizer que, em sentido amplo, “funcionário público” é sinônimo de servidor público e, em sentido estrito, na tradição brasileira, assim como em outros países, é o servidor público regido pelo Direito público, ocupante de determinado cargo nos quadros do pessoal do Estado.

Em sentido restrito, função pública pode indicar os agentes administrativos (expressão utilizada por Hely Lopes Meirelles) ou os servidores públicos (servidores estatais, na acepção atual de Celso Antônio Bandeira de Mello), seja o regime de direito público ou de direito privado. Assim, à exceção da expressão “funcionário público” em sentido amplo, inexistiria correlação dos termos “função” e “funcionário público”<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. (1998) Tese de doutorado apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais, p. 8.

<sup>233</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 15. Deve-

A expressão “função pública”, por ser designativo de atividade e seu desempenho, acaba por incluir em sua seara agentes públicos, servidores públicos ou funcionários públicos, como observa Florivaldo Dutra de Araújo:

De qualquer modo, pode-se observar a correlação existente entre função pública, enquanto designativo da atividade e seu desempenho, e aqueles que se encarregam de desempenhá-la, sejam estes definidos como agentes públicos, servidores públicos ou funcionários públicos.

Esta correlação é de tal força que, num processo comum de linguagem, passa a se denominar uma coisa pela terminologia própria da outra. Fala-se, então, em função pública como designativo do conjunto de agentes que exercem as atividades estatais, ou – em acepção mais restrita – dos servidores públicos.

Tal fenômeno ocorre também em outros idiomas.<sup>234</sup>

É pertinente comentar, ainda, que a expressão “funcionário público” não foi adotada pelo legislador constitucional de 1988, cuja intenção, logo quando da promulgação da nova ordem jurídica, foi o de unificar os diversos regimes de trabalho entre servidores e Estado. Assim, a substituição do “funcionário público” por “servidor público”, com a remissão expressa a alguns incisos do artigo 7º da Lei Maior indicou a tentativa de aproximação entre os regimes contratual e estatutário.

A partir da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998 a exigência deixou de existir, porém após a decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.135, ajuizada pelos Partidos dos Trabalhadores, Democrático Trabalhista, Comunista do Brasil e Socialista, houve suspensão da redação alterada do “caput” do artigo 37, razão pela qual volta a ter importância o debate sobre o regime jurídico único dos servidores, pois volta a prevalecer a primeira versão deste dispositivo constitucional.

A importância do abandono do uso da expressão “funcionário público” no corpo constitucional foi ressaltada, inclusive, no voto do Ministro Marco Aurélio de

---

se observar, contudo, que “funcionário público, em amplíssimo sentido, pode ser utilizado como sinônimo de agente público, como o faz o Código Penal brasileiro no seu art. 327: “Considera-se funcionário público para os efeitos penas quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

“Neste caso, função pública e funcionário público, tomados ambos em amplos sentidos, tornam-se correlatos, embora, para a técnica jurídica, correspondendo a acepção menos utilizada”.

<sup>234</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 16.

Mello, no julgamento da ADI 492-1:

Dúvidas não se têm sobre a característica marcante do vetusto regime estatutário. Revela-se a supremacia do Estado, a ponto de ficar em plano secundário, em prol de um alegado interesse público, garantias tradicionais como as relativas ao ato jurídico perfeito e acabado e ao direito adquirido, no que se entremeiam na produção do mais salutar efeito, que é o do prestígio às relações jurídicas formalizadas, a implicar a própria segurança na vida gregária. O Estado, guindado a posição ímpar, enfeixa nas mãos a sorte de direitos e obrigações, alterando-os sob óptica de subjetivismo alargado, porque apenas sujeito à conveniência e oportunidade das modificações. O desequilíbrio na relação é notório, sacrificando-se, a favor do Estado, até mesmo direitos que vinham sendo observados, tudo se fazendo sob o pretexto da necessidade de o Estado contar com flexibilidade maior, isto na busca do bem comum.

Indaga-se: É possível dizer da prevalência de tão ultrapassado sistema após a promulgação da Carta de 1988 e, mais especificamente, da Lei n. 8.112/90.

Desde cedo, convenci-me de que não, e isto diante do novo contexto surgido.

Ao contrário da Carta de 1969 e das que a antecederam, de 1934, 1946, 1967, a atual não contém, em um único preceito, a referência à espécie “funcionário público”. Abandonou-se a expressão, substituindo-a por servidor público e isto não ocorreu por simples preferência vernacular. A partir da valoração social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, em substituição, no campo em exame, ao Estado Autoritário, abandonou-se a esdrúxula distinção relativa ao tomador dos serviços, buscando-se, com isto, afastar o que se mostrou, durante longo período, um privilégio do Estado no que podia alterar, como lhe conviesse, normas até então observadas, repercutindo a vontade momentânea e isolada exteriorizada nas situações reinantes sem que os prejudicados pudessem obter, no Judiciário, a preservação do *statu quo ante*. Com a Constituição de 1988, buscou-se o afastamento de tamanho poder.

Florivaldo Dutra de Araújo, após demonstrar que a figura do “funcionário público”, em regime estatutário, não foi criação exclusiva da Idade Moderna, mas guarda consonância com aspectos que presidiam a relação de vassalagem ou as relações clericais, na Idade Média, assinala que a expansão das prestações de serviço, com o advento do Estado Social, aproximou as duas espécies de trabalhadores, aqueles vinculados a normas de direito público unilateralmente impostas, denominados “estatutários” e os admitidos sob regime de direito privado contratual, ainda que com certas derrogações:

A existência de grande número de agentes do Estado exercendo atividades de natureza similar aos trabalhadores do setor privado implicou na aproximação entre as duas categorias. O Estado passou a estender regras de direito do trabalho, típicas até então do setor privado, aos seus próprios agentes. Inicialmente, com várias restrições, principalmente no que toca aos direitos de ordem coletiva (associação e greve, por exemplo). No transcorrer do atual século, tais restrições tenderam a diminuir. Mesmo aos exercentes de algumas das mais tradicionais atividades do Poder Público passaram a



aplicar-se normas até então próprias dos demais trabalhadores.

... O crescimento das organizações operárias, que conquistam cada vez mais direitos diante do patronato, aliado às necessidades materiais impostas pela crise econômica e social em que o mundo mergulha na primeira metade do século XX, faz com que o funcionalismo público mais se aproxime das aspirações dos trabalhadores em geral, colocando em xeque a própria diferenciação entre os dois setores.

Consequência desta transformação é o desenvolvimento do sindicalismo entre os funcionários públicos, fenômeno verificado em vários países, a partir do último quartel do século XIX. A reação do Estado diante deste novo elemento foi semelhante nos diversos países, passando da proibição à tolerância e chegando, em meados do século XX, ao reconhecimento oficial<sup>235</sup>.

A partir daí, examina os modelos da França, Estados Unidos, Grã-Bretanha, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, com destaque para a presença de regimes ditatoriais nestes dois últimos países como motivo de retardamento ao reconhecimento de direitos coletivos aos trabalhadores públicos, mas o que, mesmo assim, veio a ocorrer durante os anos setenta.

Os regimes autoritários também marcaram as relações do Estado e seus órgãos na América Latina:

Também na América Latina os regimes autoritários representaram obstáculo ao reconhecimento desses direitos, o que vem ocorrendo nos últimos anos. No Brasil, somente com a Constituição de 1988 isto se tornou possível (artigo 37, VI e VII)

A sindicalização, a greve a participação dos funcionários em órgãos gestores da função pública marcam a crise da tradicional concepção *estatutária*, segundo a qual os direitos e obrigações dos funcionários são estabelecidos unilateralmente pelo Estado. Como conclui Gregoire:

“... não é mais possível afirmar que as vantagens resultantes do estatuto representam o máximo de proteção de que os funcionários possam necessitar. Passa-se a admitir, ao contrário, que eles defendem interesses distintos daqueles do Estado e que, para fazê-lo, eles podem usar da força de suas associações contra o Estado mesmo”.

O fenômeno sindical não afasta inteiramente a feição tradicional da função pública. Prova maior disto é que a atividade sindical dos funcionários não possui, até hoje, na maioria dos países, o mesmo alcance daquela relativa aos trabalhadores em geral. Principalmente quanto aos acordos oriundos das discussões entre o Estado e os sindicatos, que não possuem, em muitos países, a mesma força vinculante das convenções coletivas do setor privado.

Outro fenômeno importante que veio modificar o perfil da função pública foi a introdução de regimes análogos ou da mesma natureza que o aplicável à economia privada. Introduzidos a partir da virada do último século, tornaram-se também fator de desestabilização do caráter tradicional da função pública. Foram originalmente concebidos para aplicação a atividades consideradas não típicas do Estado, não expressivas da

<sup>235</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 51.

soberania, mas acabaram por ser a estas estendidas.

Na Alemanha, por exemplo, passaram a conviver na organização estatal, desde o final do século XIX, trabalhadores manuais e burocráticos (Arbeiter e Angestellten) regidos pelo direito do trabalho, ao lado dos funcionários públicos tradicionais (Beamten), regulados por estatuto próprio.

A convivência de ambos os tipos de regimes no interior da organização estatal favoreceu influências recíprocas, estendendo-se a uma categoria normas até então típicas da outra. O resultado é que, nos dias atuais, se questiona o sentido e a conveniência de se manterem regimes diferentes para os servidores públicos.

#### **11.4 Teorias acerca da natureza jurídica do vínculo agente público-Estado**

O Estado, na condição de pessoa jurídica, atua sempre por meio de pessoas físicas, os seus agentes públicos.

Várias teorias se formaram a respeito do vínculo agente-Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita as teorias do mandato, da representação e a teoria do órgão, centrada na ideia de imputação<sup>236</sup>.

A teoria do mandato explica o agente público como mandatário da pessoa jurídica. Recebeu críticas pelo fato de que o Estado, incapaz de constituir vontade própria, senão por seus agentes, não poderia outorgar mandato.

De acordo com a teoria da representação, o agente é representante do Estado por força de lei e seria equiparado à figura do tutor ou curador, que representam incapazes. As críticas recebidas referiram-se à inadequação da equiparação de pessoa jurídica a incapaz, à impossibilidade de se conferir representantes a si mesmo, além do inconveniente de não se poder responsabilizar a pessoa jurídica perante terceiros quando o agente representante ou mandatário ultrapassasse os poderes da representação.

Pela teoria do órgão,

a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam sua vontade, é

---

<sup>236</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, cit., p. 438-439.

como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a ideia de representação pela de **imputação**.

Enquanto a teoria da representação considera a existência da pessoa jurídica e do representante como dois entes autônomos, a teoria do órgão funde os dois elementos, para concluir que o órgão é parte integrante do Estado.

Essa teoria é utilizada por muitos autores para justificar a validade dos atos praticados por funcionário de fato; considera-se que o ato do funcionário é ato do órgão e, portanto, imputável à Administração...

Como visto no item 4, a concepção extremada da teoria do órgão e do fenômeno da imputação acabam por tornar impermeável qualquer relacionamento jurídico entre servidor e Estado, criando um espaço vazio à normatividade jurídica.

Nas palavras de Luísa Cristina Pinto e Netto,

... a imputação levada ao extremo confunde-se com a teoria orgânica, implicando sérias consequências para a compreensão das relações travadas no interior da pessoa Estado. Não obstante, não se deve abandonar a ideia de imputação, por ser a que melhor explica a atuação dos agentes públicos. Realmente, a imputação pode levar a considerar o agente como parte da estrutura do Estado a ponto de determinar sua absorção na pessoa estatal – ou seja: por meio da ideia de imputação, pode-se chegar a entender que o agente, enquanto tal, não conserva sua condição de sujeito de direito, tem sua personalidade fundida na personalidade do Estado. Com isto, o agente estaria totalmente integrado na pessoa estatal, faria parte dela de tal modo que não se poderia enxergar com nitidez verdadeira relação entre este e o Estado, bem como não se vislumbraria a qualidade de sujeito de direito do agente, capaz de titularizar direitos oponíveis ao Estado.<sup>237</sup>

A teoria do órgão e a ideia da imputação são fundamentais para explicar o relacionamento jurídico externo do Estado, pois traz a ideia subjacente de que o Estado, diante de seus órgãos, não pode ser visto como pessoa distinta deles, isto é, traz a noção de coesão na ação estatal perante o particular. Porém, criava a dificuldade de explicar o relacionamento “interna corporis” do Estado com seus órgãos.

Como exposto no item 4, a chave para a resolução da questão encontra-se em entender o órgão como composto de dois elementos, um de ordem objetiva, pelo qual o órgão é centro de competências integrante da estrutura estatal e outro elemento subjetivo, da pessoa que age como órgão, o agente público:

<sup>237</sup> NETTO, Luísa Cristina e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 257.

... a pessoa do agente não se identifica com o órgão enquanto divisão interna da pessoa jurídica Estado, o particular não se torna uma divisão estatal interna – o particular, na qualidade de agente, não deixa de contar com sua personalidade no interior do Estado.

Contrariamente à concepção tradicional do órgão, é preciso reinterpretar a teoria da imputação, entendendo-se que o agente, externamente, “presenta” o Estado, aparece, age, determina, decide como o próprio Estado, mas, internamente, mantém sua qualidade de sujeito de direito. Por certo, é a imputação que explica o fato de o agente agir externamente como Estado e é a sua reinterpretação, como proposta, que possibilita compreender que o agente o faz sem perder sua personalidade, já que se identifica apenas com o elemento subjetivo do órgão, mutável e contingente.

... A investidura não faz com que o particular se identifique integralmente com o órgão; na verdade, ele nem mesmo se torna o órgão do Estado: recebe a qualificação de agente público, que o coloca como elemento subjetivo do órgão.<sup>238</sup>

Florivaldo Dutra de Araújo, a respeito das teorias explicativas da natureza jurídica das funções públicas<sup>239</sup>, informa que existem dois grandes blocos de teorias: as teorias de Direito Público e as teorias de Direito Privado.

Essas mesmas teorias podem, ainda, ser agrupadas em dois grandes campos conceituais: a concepção unilateralista e a concepção bilateralista (contratualista):

As teorias *unilateralistas* defendem a ideia de que o vínculo entre o servidor e o Estado surge de uma determinação unilateral de vontade do Estado, a que o servidor adere coativamente ou voluntariamente, daí se podendo registrar respectivamente as teorias da *coação legal* e da *situação legal*, esta também dita *regulamentar*. Assim como a formação do vínculo se apresenta unilateral, também se torna possível juridicamente a alteração das condições da prestação de serviço por determinação exclusiva do Estado.

Para as teorias *contratualistas*, o vínculo entre Estado e servidor é de natureza *bilateral*, pois só pode nascer do acordo de vontades entre ambos. Neste campo encontram-se autores que vislumbram o vínculo funcional como *contrato de direito privado*; outros que o classificam como *contrato de direito público* e outros que nele vislumbram, um *contrato misto*, este último explicado como *hibridismo*, contendo elementos de direito privado e de direito público.<sup>240</sup>

<sup>238</sup> Idem, *ibidem*, p. 260.

<sup>239</sup> O autor prefere utilizar o termo “função pública” a “agente público” ou “servidor público”.

<sup>240</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 56.

É pertinente mencionar que o autor, na sua tese, procura elucidar as variadas teorias de Direito Privado e de Direito Público, com suas subdivisões. Como já se mencionou, essas mesmas teorias podem ser resumidas em dois grandes campos conceituais, de teorias unilateralistas e contratualistas. Com a intenção de simplificar e como modo de encadear melhor o pensamento, preferiu-se esmiuçar as teorias apenas sob o aspecto do unilateralismo e contratualismo. No entanto, brevemente, pode-se dizer que as teorias de Direito Privado são aquelas que afirmam que o vínculo jurídico entre servidor e Estado insere-se numa relação contratual, nos moldes do direito civil e onde estão presentes os elementos clássicos do contrato de Direito privado: livre

Para as teorias unilateralistas a função pública surge em bases unilaterais, pelo ato de nomeação do servidor, e o regime que daí surge também é unilateral.

Todas as variações destas teorias concordam que o ato de nomeação é unilateral, não se origina em face do assentimento do servidor. A nomeação é ato de poder público, de autoridade e consiste na atribuição a alguém de prerrogativas especiais de poder público. É capaz de gerar apenas os efeitos previstos em lei. “A necessidade de aceitação da nomeação pelo indivíduo nomeado não altera a natureza unilateral do ato de provimento, eis que ela se apresenta como necessária apenas para o exercício das funções. Desde que emitido na forma legal, o ato de nomeação é, em si mesmo, perfeito e válido”. A admissão da contratualidade entre o servidor e o Estado ofenderia o interesse público, colocando-o em plano inferior<sup>241</sup>.

As teorias unilaterais se distinguem entre aquelas que atribuem ao vínculo unilateral a natureza de direito real e outras que o qualificam como relação pessoal.

As teorias do direito real compreendem a função integrada no domínio público e a nomeação seria concessão sobre parcela desse domínio em favor do agente público. O regime desta concessão é o equivalente aos atos de polícia administrativa que regem as ocupações temporárias do domínio público.

De acordo com a gradação das funções públicas, poderia ocorrer a simples posse, como no exercício de funções políticas, até o direito de propriedade sobre o

---

consentimento, capacidade de contratar e objeto lícito. O servidor tem liberdade de inaugurar a relação com o Estado e pode, a qualquer momento, pedir sua exclusão dos quadros da função pública. A nomeação, neste sentido, é ato oficial que constata a existência do acordo de vontades, mas não tem o condão de criar a relação, que se mantém sempre contratual. As teorias de Direito Privado se diferenciam quanto ao objeto da relação contratual entre servidor e Estado. Assim, podem ser teorias de direito real, que vislumbram o contrato da função pública como atribuidor de direitos e obrigações em torno de uma coisa (teorias da posse e teorias da propriedade) e teorias de direito pessoal, que reconhecem apenas obrigações pessoais recíprocas (teoria de gestão de negócios, teoria do mandato, teoria da locação de serviços, teoria do contrato especial ou inominado, e ainda teorias analíticas ou complexas, que combinam as figuras jurídicas, como o mandato e o contrato inominado ou distinguem agentes públicos superiores, aos quais se aplicaria o mandato, e inferiores, aos quais se aplicaria a locação de serviços). As teorias de Direito público partem do princípio da contradição entre o Direito privado e o exercício das prerrogativas de autoridade sobre os cidadãos. Subdividem-se em dois grandes campos as que caracterizam o vínculo Estado-servidor como ato contratual de poder público, gerador de situação também contratual, e as que definem como ato unilateral de poder público, instituidor de relação igualmente unilateral. Englobam-se nelas a teoria do contrato de Direito público e as teorias do ato unilateral (estas a serem abordadas acima).

<sup>241</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 73-74.

ofício. Assim, ocorreria com a cadeira do professor ou o posto do magistrado. Existiria, portanto, um “direito especial de propriedade” “temporário e excluído do comércio”.

No entanto, a concepção deste tipo de teoria não perdurou no tempo:

A teoria do direito real originou-se na tese da propriedade privada sobre a função pública, característica do feudalismo e do Estado patrimonial, sendo, então, adaptada aos parâmetros do direito público. Embora ainda sustentada por Hauriou no final do século XIX, perdera prestígio a possibilidade de sustentação do exercício de direito de propriedade sobre os ofícios públicos desde as revoluções liberais, com a consequente afirmação do conceito de soberania, atribuída à nação. Constituindo-se o Poder Público em expressão da soberania, não mais se concebe que a função pública, manifestação deste Poder, possa apresentar-se como objeto de domínio particular, nem de domínio transferível aos indivíduos.<sup>242</sup>

As teorias que qualificam o vínculo unilateral com base na relação ou vínculo pessoal se dividem em teorias da coação legal ao exercício da função pública e teorias da relação legal especial e unilateral.

A teoria da coação legal desenvolveu-se a partir da doutrina do contrato social em que o Estado configura uma abstração necessária, desejada pela nação. Assim, para que atue é imprescindível que os cidadãos se coloquem a seu serviço. “Tal dever dos membros da nação faz da função pública mister imponível a todos quando necessário”.

Para que a obrigação legal não gerasse injustiça e desigualdade, atribuíam-se aos engajados na função pública um vencimento, como compensação pela impossibilidade de desenvolver atividades privadas, “tal como se indeniza o expropriado”<sup>243</sup>.

Entre as consequências desta teoria, aponta-se a impossibilidade de o funcionário extinguir, por sua iniciativa, o vínculo funcional e a imposição unilateral do vencimento pago como indenização.

---

<sup>242</sup> Idem, *ibidem*, p. 75.

<sup>243</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 76.

Em sua base estão o cumprimento de serviço militar obrigatório e a função de jurado. No entanto, acabou por restringir-se a situações muito específicas, pois era contraditória até mesmo com as doutrinas contratualistas, que preconizavam a valorização da liberdade.

A teoria da situação legal (ou da relação legal e unilateral, ou ainda, teoria estatutária) assevera que embora, normalmente, o indivíduo ingresse no serviço público por livre aceitação isto não quer dizer que, por si só, ocorra a formação de um contrato. O livre consentimento nem sempre origina um contrato, como no caso do matrimônio, no Direito privado.

A situação legal é estabelecida no estatuto do funcionário público e é construída “em torno da ideia de que esse é um cidadão especial”:

Isto significa que, da mesma maneira que o “cidadão comum” se encontra, diante do Estado, em situação determinada por um estatuto e não por relações obrigacionais, também o funcionário apresenta-se, “diante da Administração Pública da qual faz parte”, em situação estatutária, mas de “*caráter especial*”, “no sentido de que o funcionário é dotado de poderes e submetido a deveres que não são absolutamente os de outros cidadãos”.

Uma das consequências que inicialmente se verificaram com a aceitação desta teoria foi o estreitamento a tal ponto da submissão dos servidores do Estado, que se subtraíram do exame jurisdicional os atos da Administração relativos à função pública, tendendo-se a considerá-los *atos de governo*.<sup>244245</sup>

Até meados do século vinte, a teoria estatutária ganhou a preferência dos juristas, na doutrina e na jurisprudência:

No Brasil não foi diferente. A doutrina do Direito Administrativo registra majoritariamente a adesão dos autores à ideia de que o vínculo estatutário é o mais apropriado à Administração Pública e que ele se caracteriza pela supremacia do Estado frente ao servidor, cujas condições de prestação de serviço são unilateralmente por aquele estabelecidas, podendo até ser modificadas independentemente da aquiescência do servidor. Não há, como na relação trabalhista privada, direito adquirido à manutenção dos

---

<sup>244</sup> Também chamados “atos políticos” ou “atividade política” ou “atividade de governo”. Na Alemanha, a expressão utilizada foi a de “relações especiais de poder”. A respeito da teoria dos atos políticos: “Deve-se lembrar ainda a teoria dos atos políticos ou de governo, denominação dada aos atos oriundos dos órgãos estatais no exercício do Governo ou poder político, referentes à ordem pública, à defesa do Estado e de suas instituições e às suas relações constitucionais. Por dizerem respeito às grandes diretrizes políticas do Estado, foram considerados também, até recentemente, subtraídos ao controle de juridicidade, posição hoje quase totalmente abandonada na doutrina e na jurisprudência” (p. 96).

<sup>245</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 78-79.

direitos e obrigações existentes no momento da investidura do cargo. O direito adquirido só surge em relação às vantagens que se integram ao patrimônio do funcionário por força da concretização de determinada situação de fato hipoteticamente prevista em lei como capaz de gerar um direito. Exemplificando, se a lei estabelece o direito a um prêmio ao servidor que completa cinco anos de serviço, concretizada esta circunstância para determinado agente, este deverá recebê-lo, não podendo a Administração negá-lo ou pretender estabelecer outras condições para a sua quitação. Mas, se antes de decorridos os cinco anos sobrevém norma que prevê seja conferido o prêmio após decorridos dez anos de serviço, vale o novo prazo, pois não existe direito adquirido às condições gerais e hipotéticas preexistentes<sup>246</sup>.

A teoria da situação legal ou estatutária teve nítida correspondência com a visão organicista da sociedade, com o monismo jurídico em que o Estado era o centro jurídico da atividade normativa, e com o Positivismo Jurídico.

A assunção de um cargo estatal constituía, desta maneira, o sacrifício de alguém em favor da comunidade. Se isso chegou a ser uma ideia profícua contra o patrimonialismo, implicava, de outra parte, renúncia à existência privada, a fim de que a comunidade pudesse prosperar.

Ao trabalho do servidor, na visão estatutária orgânica, não há contrapartida em forma de salário, pois seu sustento não corresponde à relação econômica entre empregado e empregador, pois a atividade estatal não é econômica, e além do mais o “funcionário” como tal nada mais é que o Estado.

Em decorrência,

como servidores da comunidade, os funcionários públicos não devem se engajar politicamente, seja conforme suas próprias convicções, seja ao serviço de grupos políticos. Suas tarefas são puramente jurídicas: “o serviço ao Estado não conhece qualquer outro interesse que não a efetividade da comunidade juridicamente organizada no Estado e, com isto, apaziguada”.

Sendo o funcionário órgão estatal, é ele mesmo parte do Estado. É reconhecida a existência de uma relação de serviço na qual se engaja o funcionário e da qual decorrem seus deveres, mas, de modo *sui generis*, nela não se vislumbra alguém que tome os serviços, eis que o servidor confunde-se com o Estado. O resultado é a exigência de atitude quase ascética por parte do funcionário, inspirada, por vezes explicitamente, na função clerical.<sup>247</sup>

<sup>246</sup> Idem, *ibidem*, p. 80.

<sup>247</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 84.



Em razão disso, a liberdade de opinião dos funcionários era alvo de restrição. No princípio, havia a proibição generalizada de sindicalização, do exercício da greve e da participação dos funcionários na formulação das condições de prestação de serviço.

Os principais traços da concepção estatutária, de acordo com Florivaldo Dutra de Araújo, sintetizam-se em:

- a) automática ligação entre funcionário e cargo público, na sua concepção tradicional de parte determinada (inclusive numericamente) e indivisível dos órgãos públicos;
- b) concepção do funcionário como exclusivo meio da ação administrativa, ao qual cabe o status unilateralmente determinado pelo Estado;
- c) recusa em reconhecer a legitimidade do conflito entre interesses dos servidores públicos, principalmente os de natureza coletiva, e os do Estado e, conseqüentemente, inadmissibilidade de meios jurídicos capazes de compor tais conflitos;
- d) pronta justificação da proibição de sindicalização e de greve na função pública e, quando previstos legalmente, como no regime da vigente Constituição brasileira, notória omissão em se dedicar a estes temas, mostrando que a tradição unilateralista e organicista ainda pesa mais que a dicção renovadora da norma jurídica.<sup>248</sup>

O autor destaca, ainda, a ocorrência de teorias mistas, que explicavam que a nomeação era ato unilateral, mas o regime criado era contratual e de direito privado, tanto que os empregados tinham direitos quanto aos aspectos patrimoniais da função pública.

Arremata que não existe precisamente uma teoria correta. Várias teorias se sucederam e conviveram ao longo do tempo. Assim, num mesmo Estado diferentes conjuntos de normas jurídicas vigoravam para servidores em diversos regimes jurídicos. É o que causou, entre nós, a necessidade de a Constituição de 1988 se preocupar com um regime jurídico único, situação ainda não totalmente apaziguada pela força normativa constitucional.

Destarte, a existência de servidores submetidos a regime de direito privado e outros submetidos a regime de direito público, na esfera federal, em igualdade de condições de trabalho, mas com tratamento anti-isonômico foi o que propiciou, entre

---

<sup>248</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 85-86.

outros, a necessidade de se impor um regime jurídico uniforme.

Mesmo quanto aos servidores vinculados ao Direito público, muita controvérsia ocorreu quanto à natureza de seus vínculos, se caracterizáveis como contrato de direito público ou situação legal estatutária. Com o tempo, venceu a tese da teoria estatutária.

O que se verifica é que a distinção entre teorias estatutárias e contratualistas gira em torno, novamente, da contraposição entre público e privado. Muito embora a separação entre o campo de ação do público e do privado tenha sido importante para a aquisição de direitos e a evolução da sociedade, é inegável que as categorias estão mescladas e não são absolutamente contraditórias.

Aliás, neste diapasão, o exposto no item 11.1, quanto à fragilidade da distinção em relação aos critérios de predominância dos interesses, do sujeito titular dos interesses e da natureza jurídica das relações travadas.

As teorias unilateralistas correlacionam-se com os critérios tradicionais de se tentar dividir os interesses públicos e privados com base na natureza das relações jurídicas travadas, impondo ao Estado, sem distinções e incondicionalmente, a posição de supremacia, ou então, fundamentando seu interesse simplesmente na ocupação de um dos pólos da relação profissional envolvida.

Não obstante, como já visto, o que diferencia o interesse público do privado não é a posição unilateralmente ocupada por um dos sujeitos, que age com supremacia em face do outro. O que define o interesse público é a finalidade a que se busca alcançar, como antes visto com Humberto Ávila. Há, no entanto, uma unidade de reciprocidade de interesses, se admitido que os direitos fundamentais, dentre eles os sociais, também fazem parte do universo do interesse público.

Outra teoria desenvolvida a respeito da divergência entre público e privado é a teoria da atribuição, segundo a qual não importa saber quem é o titular do interesse, a natureza da relação instituída ou a predominância do interesse. Deve-se identificar, em suma, quem é o destinatário da norma jurídica, de modo que tanto

Estado quanto o indivíduo subordinam-se à normatividade jurídica, em intensidades diferentes consoante a destinação exclusiva de cada norma.

Assim, verifica-se o teor da norma para saber a quem ela se dirige para imputar deveres ou poderes, obrigações ou faculdades jurídicas. O destinatário poderá ser apenas o Estado (ou seu representante), ou uma pessoa física ou jurídica de qualquer natureza, incluído o Estado.

O Direito privado, por esta teoria,

identifica-se como conjunto de normas que atribuem faculdades ou deveres que podem estar afetos a qualquer espécie de pessoa. O que significa dizer que tanto os particulares quanto o Estado, diretamente ou por interposta pessoa, podem apresentar-se numa relação jurídica regida por normas de direito privado, visto ser este “um direito geral”, que potencialmente faculta ou obriga a todas as pessoas.<sup>249</sup>

Desta forma seria possível explicar quando o Estado atua em relações comerciais na sociedade, sem descuidar aparentemente do “interesse público”.

É obvio que não deixa de se confiar ao Estado o papel principal de assumir e concretizar o interesse público, pois a própria organização política da sociedade atribuiu tal papel ao Estado, como principal organização social. Sua posição é “sui generis”, o que justifica, em certas situações, prerrogativas específicas. No entanto, é equivocado estabelecer, como o faz o regime unilateral da função pública, uma associação automática na condução das relações jurídicas do Estado e seus servidores.

Muitas vezes o Estado lança mão de formas privadas justamente para vir atingir o interesse público, desde que sejam respeitados os limites constitucionais.

Aliás, como observa Florivaldo Dutra, a construção de novas categorias de direito público é antecedida pela utilização de institutos do direito privado que vão sendo transformados e adaptados ao uso público. É o que se chama de

---

<sup>249</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 101.

transposição, em que categorias do Direito Privado são incorporadas e adaptadas pelo Direito Público para, posteriormente, evoluírem como categorias gerais pertencentes à Teoria Geral do Direito. Foi o que aconteceu, por exemplo, com as noções de “sujeito de direito”, “ato jurídico”, “contrato”, “responsabilidade patrimonial” etc.

O Direito privado, então, só pode ser considerado como direito comum, eis que o *“direito privado é comum na aplicação de suas regras, eis que estas são potencialmente atributivas de prerrogativas, faculdades e obrigações a todas as pessoas do universo jurídico”*<sup>250</sup>.

Desta maneira, o uso da negociação coletiva, como instrumento de composição de conflitos e de alargamento de direitos sociais, como corrente na iniciativa privada, não poderia ser afastado no universo do Poder Público, eis que se trata de forma democrática de composição de conflitos e é inequívoco que também no âmbito das relações Estado-servidor existem conflitos.

No raciocínio de Florivaldo Dutra, “o comum é que se adote o contrato regido pelo direito do trabalho que, por isso mesmo, merece maior atenção dos estudiosos”<sup>251</sup>.

### **11.5 Crítica à predominância do regime unilateralista estatutário na Constituição Federal de 1988: a aproximação entre os regimes público e privado de trabalho**

Mesmo após a Constituição de 1988, muitos autores anteviram no regime jurídico único a possibilidade de formação de vínculo com o servidor exclusivamente sob a forma estatutária.

Os argumentos contrários ao regime contratual da função pública e em favor da teoria estatutária, consoante Teresa Cristina Pinto e Netto, são: a

---

<sup>250</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 107.

<sup>251</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 107.

incompatibilidade da atividade do Poder Público com a legislação trabalhista, que visa regular conflitos entre capital e trabalho, o que inexistente na seara pública; a inadequação de um contrato de natureza privada para transferir parcela da autoridade pública para o particular; a maior onerosidade da contratação pelo regime celetista. Além disso, o artigo 39, § 2º da Constituição Federal fez remissão a apenas alguns incisos do artigo 7º, o que não faria sentido se não houvesse a intenção de discriminar trabalhadores públicos e privados. Também a menção expressa, pelo artigo 173, § 1º, da Lei Maior, à incidência do regime trabalhista das empresas privadas às empresas públicas, quis fixar, a “contrario sensu”, que nas outras entidades públicas, o regime prevalente é o estatutário.

Outros deles, ainda: 1) o princípio federativo, pois os Estados, Municípios e Distrito Federal não possuem competência para legislar sobre Direito do Trabalho, exclusiva da União. A adoção de regime contratual implicaria renúncia à autonomia para organizar as respectivas Administrações; 2) a expressão “instituirão” do artigo 39, em sua redação original, pois só haveria sentido em usar esse termo para explicitar a alusão ao regime institucional estatutário; 3) A expressão “cargos e vencimentos”, no artigo 39, § 1º, só poderia levar ao regime estatutário pois são termos próprios do estatuto público; 4) se o regime estatutário é obrigatório para várias carreiras, como as da Magistratura, Ministério Público, Advocacia Geral da União, Procuradoria do Estado, Defensoria Pública e outros, e sendo certo que o regime jurídico deva ser único, a conclusão que se chega é que se entende aos demais servidores o regime unilateral; 5) a impropriedade da adoção do regime contratual em relação à garantia do direito à aposentadoria com proventos integrais do servidor público (artigo 40/CF) eis que tal direito não assiste a quem se vincula ao regime geral da previdência, o que daria ao servidor empregado público o direito a um complemento, sem que houvesse o correlato custeio; 6) a limitação dos gastos do Estado, em relação à remuneração dos servidores, instituída nos artigos 37, XI e 169, do texto constitucional.

Florivaldo Dutra de Araújo arrola, igualmente, os argumentos utilizados por alguns doutrinadores para impedir um regime contratual da função pública:

- a) “O serviço ao Estado exige (...) um vínculo especial, inconfundível com

qualquer outro (...)", a fim de que o servidor se apresente como o próprio Estado, adquirindo este novo status de órgão, parcela do Poder Público;

b) o serviço ao Estado também se diferencia porque "enquanto a finalidade do Estado é o interesse público, a finalidade do ente privado é econômica";

c) as normas de direito do trabalho são impróprias para a relação Estado-servidor, pois foram "criadas para defender o empregado do mau patrão", proteção esta "conferida em vista de interesses especificamente seus (do empregado), pessoais, privados", enquanto a proteção outorgada pelos estatutos de funcionários públicos são apropriadas por existir em função, acima de tudo, do interesse público;

d) embora busque proteger o empregado, o direito do trabalho, por outro lado, não deixa de respeitar a autonomia de vontade do empregador, aplicável, por exemplo, na admissão e dispensa de empregados, não apropriada para o administrador público, que gere negócio alheio, o da coletividade;

e) "estando vedada a alteração contratual danosa ao empregado, perde o Estado a necessária flexibilidade que se lhe impõe no trato com seu corpo funcional", mesmo em face do interesse público.

Muitos dos argumentos residem na compreensão do agente público dentro da visão organicista, já extensamente tratada. A visão organicista, de confusão do servidor com o Estado que lhe incorpora, deixa de respeitar a individualidade do trabalhador, e não enxerga a pessoa humana como fim do Estado.

Quanto à diversidade de finalidades entre o Estado e os entes privados, não existe dúvida que assim ocorra. Porém, para realizar-se uma ou outra é necessário o trabalho humano, que deve ser tratado com dignidade, como acontece no Estado Social de Direito. Hoje em dia há consenso que mesmo as atividades econômicas não prescindem de sua função social, assim como ocorre com a propriedade.

O argumento da natureza protecionista das normas trabalhistas revela uma visão parcial da questão. O Direito do Trabalho caracteriza-se como o esforço de ordenação de todo um setor da vida econômica e do mercado de trabalho, equilibrando os dois:

Na verdade, esta função ao mesmo tempo protetora dos trabalhadores e asseguradora da economia capitalista nunca deixou de existir. Seria, no mínimo, ingênuo imaginar que o legislador produz as normas que regulam a venda da força de trabalho sem considerar que a garantia da continuidade da economia em que isto ocorre deve ser o limite de suas decisões.<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 111.

Assim, no bojo do Direito do Trabalho existem regras, as quais, após incorporarem direitos dos trabalhadores, os limitam, como acontece com as greves ou com as diferenciações entre categorias de trabalhadores, dificultando a solidariedade. Além disso, há normas que protegem os interesses dos empregados, mas também dos empregadores, das quais são exemplos as que limitam a jornada de trabalho, pois estudos científicos demonstraram que a duração da atividade humana a partir de certo limite é prejudicial à saúde do trabalhador, resultando em queda de produtividade e em danos às instalações das empresas.

A exclusão da atividade autônoma coletiva na função pública implica uma acomodação e dependência do Poder Público para se obter vantagens.

O Estado pode utilizar formas próprias da atuação do Direito privado sem que se lhe retirem os fins públicos de seu agir, que se originam diante de seu papel na sociedade. Do mesmo modo, independentemente do regime a que se vinculem, os agentes públicos não poderão atuar sem ter em mente os mesmos fins públicos que também estão adstritos à observância da moralidade, impessoalidade, publicidade.

Assim, também o contrato de trabalho não afasta a aplicação de normas de ordem pública. Aliás, é o que ocorre também quando a Administração atua em regime privado:

Do mesmo modo, portanto, que a licitação deve preceder aos contratos de direito privado da Administração (e não apenas aos contratos administrativos), ou que a criação das empresas estatais, regidas pelo direito privado, não dispensa prévia autorização legal (CF, art. 37, XIX), ficando, ainda, sua atuação sob controle da Administração Direta e do Tribunal de Contas, também a adoção do contrato de trabalho na função pública não afasta a aplicação de normas de direito público, sobretudo as de nível constitucional. Os servidores do Estado, neste caso, continuam sendo agentes *públicos*, independentemente do regime que disciplina sua relação com o Poder Público.<sup>253</sup>

Quanto ao recurso à negociação coletiva, meio originário do Direito Coletivo do Trabalho, embora, aparentemente, as relações políticas no setor público não sofram empecilhos do ponto de vista econômico do mesmo modo que no setor

---

<sup>253</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos Coletivos e Negociação na Função Pública**. Tese cit., p. 113.

privado<sup>254</sup>, há outros condicionamentos que geram a devida tensão entre o interesse (muitas vezes secundário) do Estado e o interesse dos agentes públicos. São condicionamentos políticos, eis que as demandas trabalhistas do setor público dependem do apelo aos eleitores, mas também econômicos, pois exige a defesa da expansão do Estado e de seu orçamento, além da consciência quanto aos gastos públicos, de modo que

as restrições orçamentárias, necessárias para o combate ao déficit fiscal, tornaram-se quase tão draconianas quanto as restrições do mercado. Politicamente, observou-se mundo afora maior consciência dos cidadãos e dos governos com os gastos públicos. Os símbolos desse movimento foram as “revoltas contra impostos” e as demandas por máquinas públicas enxutas e eficientes que tiveram lugar em diversos países, inclusive no Brasil. Não cabe aqui analisar detidamente as razões para essas transformações. É suficiente notar que este processo tem suas raízes na globalização financeira e na conseqüente necessidade de combate ao déficit público para a manutenção da saúde monetária e financeira de qualquer país, em um contexto globalizado. Há ainda uma concomitante mudança no plano teórico-ideológico: a perda de hegemonia do keynesianismo e sua substituição pela doutrina do equilíbrio fiscal, como meta permanente.<sup>255</sup>

Pode-se dizer, portanto, que existem no setor público condicionamentos econômicos e políticos que, sem a necessária resistência da massa trabalhadora, condicionam a atuação estatal e desconsideram a proteção aos direitos de ordem social, os quais, como já manifestado, fazem parte da pauta dos interesses públicos a serem protegidos.

Quanto à alegação de que as normas trabalhistas no âmbito público não

---

<sup>254</sup> Vale a pena registrar, a propósito, as seguintes observações de Zairo B. Cheibub: “Do ponto de vista econômico, as relações trabalhistas no setor público são estruturalmente caracterizadas como protegidas das determinações de mercado (cf. Feuille, 1991). Enquanto, no setor privado, os mercados de produtos e de trabalho impõem rigorosas restrições às atuações dos atores sindicais e empresariais, no setor público essas restrições são muito mais frouxas e longínquas. Há, obviamente, limites orçamentários, mas mesmo estes não têm a força de restrições de mercado, uma vez que o Estado, em geral, não encontra competidor direto e não corre o risco de “ter que fechar as portas”. Durante as décadas de 60 e 70, acreditava-se que a ausência de restrições econômicas imediatas impediria que os governos, especialmente os locais, resistissem aos movimentos por aumentos salariais no setor público. Se houvesse paralisação dos serviços públicos, o temor seria ainda maior, pois considerava-se que seria politicamente inviável que os administradores públicos pudessem resistir à pressão da população pela retomada da prestação desses serviços. Do ponto de vista do mercado de trabalho, os trabalhadores do setor público têm, tradicionalmente, gozado de uma situação protegida e/ou privilegiada ante os trabalhadores do setor privado. Havia uma ideia generalizada de que o Estado deveria ser um empregador exemplar, adiantando-se ao setor privado na aplicação dos direitos trabalhistas. Este seria um meio de sinalizar para o setor privado formas de relações de trabalho mais “avançadas” do ponto de vista social (CHEIBUB, Zairo B. Reforma Administrativa e Relações Trabalhistas no setor público: dilemas e perspectivas. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 15, n. 43. São Paulo, junho de 2000).

<sup>255</sup> CHEIBUB, Zairo B. Reforma Administrativa e Relações Trabalhistas no setor público: dilemas e perspectivas. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 15, n. 43. São Paulo, junho de 2000



comportariam alterações pelo empregador público, sem aquiescência do empregado (artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho), observa-se que o fundamento do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, no Direito do Trabalho, foi a garantia mínima à dignidade do trabalhador. Essa mesma dignidade está presente na condição do servidor público que trabalha para o Estado.

A nova ordem constitucional de 1.988 também fixou dispositivos para a garantia de intangibilidade ao agente público, como no caso da irredutibilidade de vencimentos (artigo 37, XV e 39, § 2º), além da previsão de vários direitos previstos no artigo 7º: salário mínimo nacionalmente unificado; garantia de salário nunca inferior ao mínimo, para os que recebem remuneração variável; décimo terceiro salário; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; salário família; jornada de trabalho não superior a oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; remuneração de horas extras com, no mínimo, cinquenta por cento sobre a hora normal; férias anuais remuneradas com um terço; licença à gestante de cento e vinte dias; licença-paternidade; proteção ao mercado de trabalho da mulher; redução dos riscos do trabalho; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Esses outros direitos do artigo 7º nada mais são do que pauta mínima garantida aos servidores públicos, verdadeiro ganho democrático em relação à ordem constitucional anterior e que visou, fundamentalmente, à aproximação dos regimes dos servidores públicos e dos demais trabalhadores.

Além do mais, não se deve olvidar que também no Direito do trabalho cabe ao empregador o “jus variandi”, especialmente em face dos espaços vazios do contrato, incapazes de serem preenchidos totalmente no ato da contratação ou mesmo pelas normas de ordem pública, com características de abstração e generalidade.

A própria lei garante ao empregador, em certas hipóteses, a alteração contratual, seja pela via coletiva, a redução da remuneração (artigo 7º, VI, da CF), a

modificação da jornada de trabalho (artigo 7º, XIII), a extensão do intervalo intrajornada (artigo 71, CLT), a efetuação de descontos nos salários (artigo 462 da CLT), o retorno ou reversão (artigos 468, parágrafo único e 450 da CLT), a alteração de horário de trabalho (à exceção da alteração para o horário noturno), a transferência do local de trabalho que não acarretar mudança necessária de domicílio (artigo 469 da CLT). São possíveis, ainda, as alterações de organização do trabalho na empresa e as alterações técnicas.

O “jus variandi”, a bem da verdade, não é elemento específico do contrato de trabalho, mas está presente, em maior ou menor extensão, em todos os contratos que tenham execução prolongada no tempo. Assim, seria pouco convincente aceitar que a adoção do regime contratual na função pública trouxesse engessamento à atuação do Estado empregador.

Ademais, não se pode esquecer que o Estado, além de tomador da mão de obra dos agentes servidores públicos, mantém em si a função legislativa, pela qual cria o Direito do Trabalho. Assim, para certas categorias específicas, sem perigo de ofensa à determinação de instituição do regime jurídico único, seria facultada a criação de normas especiais, como, aliás, existentes na legislação celetista em relação às normas especiais de tutela do trabalho.

Não haveria nem mesmo que se dizer que só detém essa faculdade de criar e ajustar normas específicas para determinadas relações trabalhistas a União e que os demais entes públicos teriam que obrigatoriamente sujeitar-se à atividade legiferante daquela. Ora, além do rol do artigo 39, que não é opção da União, mas do legislador constitucional, houve ampla liberdade para que todos os integrantes do pacto federativo compusessem, dentro de seu raio específico, as normas mais adequadas, de modo uniforme.

Luísa Cristina Pinto e Netto, com base na teoria de Kelsen na parte que admite o negócio jurídico individual como norma e fonte formal de direito<sup>256</sup>, informa que há dois tipos de normas que aderem ao contrato de trabalho com intensidades diferentes, sobre um dos tipos a variabilidade é possível, sobre outro, não:

---

<sup>256</sup> Vide, a propósito, nota 132, às fls. 97.

Voltando ao contrato individual de trabalho, ao invés de não considerar suas cláusulas como verdadeiras normas jurídicas e assim justificar sua forma particular e irrestrita de alteração, pode-se, segundo Hans Kelsen, considerar tais cláusulas como normas jurídicas individuais que se modificam segundo as normas gerais aplicáveis, no caso o art. 468 da CLT: somente se alteram validamente por mútuo acordo e desde que não haja prejuízo para o empregado. É referenciado, neste contexto, o princípio da aderência contratual, segundo o qual as normas jurídicas e as cláusulas contratuais aderem ao contrato com intensidade e extensão diferentes, pois as primeiras tendem a revelar aderência relativa, ao passo que as segundas apresentam aderência absoluta. Ou, dito de outro modo: no Direito do Trabalho, as normas jurídicas gerais aderem de forma relativa ao contrato e as normas jurídicas individuais apresentam aderência absoluta, isto porque as primeiras alteram-se conforme a regra geral de vigência das leis no tempo e as segundas obedecem, para serem alteradas validamente, à regra específica do art. 468 da CLT. Este artigo preceitua que as cláusulas contratuais – normas jurídicas individuais – não podem ser suprimidas ou alteradas unilateralmente, mas apenas por acordo e desde que não haja prejuízo para o empregado. Por isto, fala-se em aderência absoluta, pois a norma geral que disciplina a alteração destas normas individuais previu possibilidades mais restritas e criou exigências específicas.

Lado outro, para as normas gerais heterônomas, veiculadas por meio de lei, estabelece-se regra distinta: não aderem de forma permanente aos contratos de trato sucessivo, como são, geralmente, os contratos de trabalho, produzem efeitos enquanto vigentes, enquanto não revogadas por outra norma geral. Com isto, se uma norma geral heterônoma, veiculada por lei, vem a ser revogada ou modificada por outra norma geral heterônoma posterior, tem-se que as prestações contratuais já consolidadas não serão afetadas; no entanto, as vindouras estarão submetidas à nova norma geral.<sup>257</sup>

Quanto à pretensa ofensa ao princípio federativo, recorda-se que a opção pelo regime trabalhista, facultada no artigo 39, é justamente decorrência de autonomia do ente federativo. A imposição de um regime estatutário é que, contrariamente, implicaria ofensa à autonomia.

A assertiva de que a expressão “instituirão” é óbice à adoção de outro regime que não o unilateral não deve, outrossim, ser acolhida. O termo “instituir” não implica necessariamente estabelecer o regime estatutário. Ademais, o argumento prende-se a uma interpretação literal, cada vez mais objeto de repúdio pelos intérpretes do Direito.

A argumentação de que o artigo 39, § 3º pretendeu excluir outros incisos do artigo 7º não expressamente mencionados também não parece correta. Ora, o artigo 39, § 3º da Carta Política não fixou um “*numerus clausus*”, impossibilitando

<sup>257</sup> NETTO, Luísa Cristina e. *A contratualização da função pública*, cit., p. 194-195.

quaisquer outros direitos, tanto que, por exemplo, em nível federal, a lei 8.112/90 ampliou a relação de direitos do servidor público federal, sem correlação ou autorização expressa constitucional.

O sentido da norma é protetor e não restritivo de direitos, como a estabelecer o mínimo de direitos que não podem deixar de se apresentar no relacionamento servidor-Estado.

Quanto à questão terminológica de referir-se o artigo 39, § 1º a “planos de carreira e cargos”, tais expressões podem ser utilizadas tanto no setor público quanto no privado. A palavra “empregos” também é utilizada para referir-se a agentes da Administração, mesmo que Direta, como acontece nos artigos 37, I e II, 51, IV e 52, XIII da Constituição.

Contrariamente, o recurso a tais termos foi sinalização do legislador constitucional de que pretendia aproximar institutos e regimes de direito público e privado, deixando aberto ao administrador a instituição de diferentes regimes de pessoal.

Quanto à aplicação de certas normas específicas a carreiras como Magistratura, Ministério Público e outras não quer dizer que a Constituição tenha feito opção pela imposição unilateral das regras de servidores públicos, dentro do regime estatutário. As normas especiais de certas carreiras não implicam concluir que apontem para regime de um tipo ou outro, estatutário ou celetista.

A invocação ao artigo 173, § 1º, da Constituição como fundamento para interpretação de que o regime do servidor da Administração Direta não poderia ser o de Direito privado, pois este foi o regime próprio escolhido para as empresas públicas não faz muito sentido. O que ali se pretendeu afirmar é que nas empresas públicas o regime só pode ser o privado, não há opção, como ocorre em relação aos outros tipos de servidores.

Quanto ao argumento previdenciário, refere-se mais propriamente à conveniência administrativa e a uma questão atuarial. Nada impede que os Estados,

Municípios e Distrito Federal venham a instituir fundos para complementação de aposentadoria com base em descontos de valores das remunerações dos servidores públicos. Ademais, o mesmo poderia ocorrer em caso de transformação de servidores celetistas em estatutários, eis que aqueles sempre teriam recolhido com base em valores submetidos a um teto e deveriam, a partir de então, aposentar-se com proventos integrais.

As restrições relativas a gastos com pessoal também não encontram uma fundamentação mais consistente. Claro que a instituição de um regime trabalhista ou contratual não pode passar por cima da Constituição. Aliás, cada vez mais a atuação da Administração é vinculada não pela estrita observância do princípio da legalidade, mas do princípio da juridicidade, pelo qual ganha importância a integralidade do ordenamento jurídico com a regência constitucional.

Obviamente que há normas constitucionais que não podem ser esquecidas seja pela adoção de regime estatutário, seja pela adoção de regime contratual, tais como as que preconizam o ingresso de servidores pela via do concurso público, a isonomia na revisão geral da remuneração, os limites remuneratórios, a fiscalização e o controle do Tribunal de Contas. Assim, tanto a Administração quanto os Poderes Legislativo e Judiciário, no trato de tais questões, devem observar os limites constitucionais.

Estas contingências, por conseguinte, cumpririam o papel de limitação material à negociação coletiva no serviço público, seja ele estatutário, seja ele em regime contratual.

Uma solução quanto aos gastos com pessoal seria a adoção de um modelo consultivo e prévio ao fechamento do orçamento.

Fundamentalmente, o que se vê, contudo, é que o contrato de trabalho, na forma adotada pelo setor privado e na sua correlação em relação à função pública, não diverge seriamente quanto aos tipos de normas que o caracteriza. Isto porque naquilo em que é informado por normas cogentes – ou, na acepção atrás exposta

de Luísa Cristina, normas de aderência relativa – é passível de modificação<sup>258</sup> e não se fala em direito adquirido, o que implica uma aproximação entre os modelos estatutário e contratual:

À vista disso, tem-se que, em relação contratual, somente no que tange à parte da disciplina não atingida por normas cogentes, há verdadeiro direito adquirido ao regime, visto que tal parcela da disciplina somente pode ser alterada por acordo entre as partes e, no Direito do Trabalho, desde que não haja prejuízo para o trabalhador. Quanto à disciplina que descende diretamente de normas estatais cogentes, não há que se falar, a exemplo do que ocorre no modelo estatutário, em direito adquirido ao regime, já que a disciplina originária pode sofrer modificações em razão de alterações legislativas.

Considerando que o Direito do Trabalho carrega forte carga de normatividade cogente, apesar da dificuldade em delimitar com precisão as normas de ordem pública, pode-se gizar uma regra acerca das modificações legislativas neste ramo jurídico: a modificação de normas que disciplinam o núcleo mínimo imperativo da relação laboral tem aplicação imediata sobre os contratos em curso. Tal regra geral aproxima o modelo contratual vigente no Direito do Trabalho do modelo estatutário, ao contrário do que se supunha inicialmente.<sup>259</sup>

Particularmente, acredita-se que os regimes estatutário e contratual não se diferenciam ao ponto de justificar a adoção do primeiro como modelo padrão da atividade pública e como argumento para a impossibilidade da negociação coletiva e a intransigência de direitos.

A única ressalva passível de se colocar é que tanto num regime quanto no outro se deve observar a aplicação da cláusula do não retrocesso social, resguardada entre nós, inclusive, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 26. Tal documento encontra-se ratificado pelo Brasil desde 25 de setembro de 1992. Em face das alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45, de dezembro de 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ganham foro de emenda constitucional, ou seja, integram-se ao bloco de materialidade constitucional (artigo 5º, § 3º da CF).

A ideia que se deve destacar, entretanto, é que não se pode mais falar em

---

<sup>258</sup> Certamente que aqui não se refere aos direitos fundamentais sociais da Constituição da República e que estão protegidos pelo manto de inalterabilidade por configurarem cláusulas pétreas. É possível pensar, ainda, que tais direitos não se esgotam na Constituição “formal”, pois o bloco de constitucionalidade material se espalha. Este raciocínio também é cabível ao trabalhador público.

<sup>259</sup> NETTO, Luísa Cristina e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 200-201.

estatuto jurídico apenas no setor público.

O estatuto jurídico igualmente está presente nas relações de trabalho do setor privado, eis que ocorre uma padronização jurídica de normas de acordo com os diversos grupos que se inserem na relação de trabalho.

Isso decorre de uma tendência universalizadora do Direito do Trabalho, da qual demonstra o fenômeno da sua constitucionalização e em que se diluem, cada vez mais, as diferenças entre empregado e trabalhador:

O tratamento dado pelo constituinte de 1988 aos servidores públicos, conferindo-lhes direitos mínimos por referência aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, demonstra a intenção de institucionalizar certa proximidade entre os agentes públicos e os empregados do setor privado.<sup>260</sup>

A essa conformação do contrato de trabalho há menos espaço para que as partes disponham livremente o conteúdo das relações e os efeitos destas são extraídos, no mais das vezes, de regras heterônomas. Há, portanto, uma limitação da vontade individual, que passa a ser uma liberdade relativa de escolher incluir-se em determinado estatuto de regras previamente fixadas em ordenamento jurídico. Cresce o dirigismo contratual e o contrato individual do trabalho como norma jurídica é bastante delimitado, ao ponto de se dizer que vigora um contrato padronizado de adesão, da mesma forma que muitos apregoam em relação ao regime estatutário dos servidores públicos:

O ponto nodal da questão centra-se na imposição legal: diante da verificação de fatos determinados, certas consequências ocorrerão independentemente da vontade dos envolvidos. A vontade é livre e relevante no momento em que os envolvidos decidem realizar os fatos erigidos como supostos das consequências legais e não propriamente para a determinação do conteúdo e da ocorrência de tais consequências. Os fatos não são, isoladamente, a causa das consequências jurídicas, uma vez que se exige a vontade, ainda que unicamente dirigida para a realização dos fatos apontados legalmente. Tem-se, então, que, exigindo-se a concorrência da vontade das partes – ainda que, muitas vezes, apenas no sentido de realizar certos fatos ou de aceitar a incidência de um feixe de normas impositivas –, há verdadeiro contrato de trabalho, negócio jurídico bilateral, e que este propicia o surgimento da relação de emprego.

---

<sup>260</sup> Idem, *ibidem*, cit., p. 152.

Diante destas ideias, percebe-se que não há uma oposição frontal entre regime unilateral e regime contratual, vez que, atualmente, com destaque para a prestação subordinada de trabalho, a autonomia das partes vem sendo cada vez mais limitada juridicamente, por meio da instituição de um conjunto de normas de aplicação impositiva que padroniza as relações e retira diversas matérias do campo da livre disposição das partes.<sup>261</sup>

A proximidade entre os regimes, ou estatutos, se deu desde o advento do Estado Social, a partir da admissão dos direitos sociais e da necessidade de uma posição prestacional e afirmativa do Estado para a garantia do equilíbrio econômico e social nas relações trabalhistas. A par disso, quando o Estado passou a utilizar-se, com maior intensidade, de mecanismos de Direito privado, verificou-se que não era a natureza estatutária ou de Direito público que garantia a eficácia da prestação do trabalho dos agentes públicos:

O elenco de direitos mínimos conferidos pela Constituição de 1988 aos servidores públicos, estabelecidos por referência aos “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais” (art. 7º), por si só é fator demonstrativo de que o Constituinte pretendeu institucionalizar ou, no mínimo, reconheceu a existência de certa proximidade entre os servidores públicos e os trabalhadores do setor privado. Esta proximidade já era, antes da Constituição vigente, no que toca ao conteúdo dos direitos de ambas as categorias, e no aspecto fático da relação Estado-servidor, bem maior do que poderia revelar a leitura da doutrina jurídica predominante. Ocorre que esta, ao lado do Direito Administrativo, ainda pouca atenção tem dedicado ao tema, ficando, em regra, intransigente em sua tradição de apenas tratar dos aspectos unilateralistas da relação de função pública. Os teóricos do Direito do Trabalho, por sua vez, pouca atenção têm emprestado ao Estado-patrão.<sup>262</sup>

## **11.6 Similaridades entre o contrato de trabalho e o regime estatutário da função pública**

Como visto, quanto à principal característica ressaltada quanto ao modelo estatutário — a possibilidade de alteração unilateral das regras —, não é possível afirmar, sem cometer uma impropriedade, que aquela condição não esteja presente, também, no contrato de trabalho. Não é, rigorosamente, uma característica exorbitante, em comparação com os modelos contratuais.

---

<sup>261</sup> NETTO, Luísa Cristina e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 157-158.

<sup>262</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 136.



A fundamentação da unilateralidade de modificação das condições de trabalho na função estatutária com base na supremacia do interesse público, como se viu, é mais ilusória que real. Compete ao Poder Público, primordialmente, a defesa dos interesses públicos, porém não cabe a ele, por si só, essa defesa, pois cada vez se encontram interesses públicos espalhados pela coletividade com titularidade difusa. Além disso, a garantia de proteção e promoção aos direitos fundamentais inserem-se no campo dos interesses públicos.

A formação do contrato de trabalho, tal qual a da relação estatutária ou de emprego público, não diverge fundamentalmente. Empregado e empregador mais aderem a um modelo jurídico preconcebido, aderindo-o, do que criam um estatuto jurídico novo a cada novo contrato de trabalho. As relações tendem à padronização e a obediência a um estatuto jurídico específico para cada categoria de trabalhador.

Viu-se que há uma tendência à padronização e à universalização das relações de trabalho, o que transpareceu na Constituição de 1.988, assim como aconteceu em outros países, na previsão de um regime jurídico único, agora restabelecido por força da decisão liminar proferida na ADI 2135. A remissão, pelo legislador constitucional, à aplicação ao servidor público de vários dispositivos do artigo 7º também é demonstração clara da opção tomada em favor de reconhecer direitos aos servidores públicos, em iniciativa isonômica insofismável.

Por outro lado, é de se verificar o seguinte: a Constituição Federal, quando tratou de estabelecer direitos sociais dos trabalhadores no artigo 7º acabou por instituir um parâmetro civilizatório mínimo, tendente à promoção da dignidade do trabalhador e do valor trabalho.

Nesta linha, a expressão “trabalhador” consignada no “caput” do artigo 7º<sup>263</sup> compreende qualquer trabalhador, em suas mais diversas especialidades, e não se restringe meramente ao trabalhador empregado, do regime celetista. A tendência, portanto, é que os direitos se universalizem e se ampliem para abranger todos aqueles relacionados no artigo 7º, para todas as espécies de trabalhadores,

<sup>263</sup> “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:...”

inclusive, autônomos, servidores públicos e outros.

Claro que alguns de seus incisos, por incompatibilidade lógica, não se encaixam no perfil de certas relações de trabalho. Assim, exemplificativamente, o inciso I (“proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”) ou o inciso XI, quando se refere à participação nos lucros, em relação ao servidor público, pois a Administração Pública não busca o lucro. Porém, não seria impossível estabelecer-se a participação nos resultados, mediante prêmios, e na gestão da empresa (aí considerado o ente público por equiparação, por força do artigo 2º, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho).

A convergência dos regimes possibilita, em consequência, vislumbrar que cada trabalhador está naturalmente adstrito a um estatuto jurídico composto de regras específicas, em grande parte fixadas por fonte normativa heterônoma, que não se fecham, contudo, à complementação por certas normas resultantes, principalmente, da normatividade coletiva. Da mesma forma que o sistema jurídico não é fechado, a Constituição também não o é, não haveria sentido que o estatuto jurídico do trabalhador o fosse.

A autonomia da vontade, por conseguinte, sofre um certo dirigismo e não existe de modo absoluto, tanto no campo das relações de trabalho públicas quanto privadas.

Isso dá segurança ao agente público de que tanto ele quanto seu tomador de serviços, o Estado, são sujeitos de direito submetidos à ordem jurídica, do mesmo modo, o empregado e o empregador na relação empregatícia no setor privado. O Estado não se encontra, portanto, acima da ordem jurídica e não se confunde com as normas que cria.

É preciso compreender que o agente público não se confunde com o Estado e lhe é preciso garantir um mínimo de intangibilidade de condições de trabalho. Aliás, a alteração simples e injustificada do estatuto da função pública peca contra os princípios da proibição do retrocesso social e da proteção da confiança. Também aos servidores públicos é previsível a garantia de preservação dos seus direitos

adquiridos.

Por outro lado, em se tratando de uma relação jurídica continuativa, um caráter dinâmico e flexível sempre está presente, seja pela aplicação da teoria da imprevisão (bastante mitigada na seara do Direito do Trabalho), seja pela prévia previsão de alterações unilaterais legalmente.

A questão do “jus variandi” no contrato de trabalho decorre do fato de ser um contrato de trato sucessivo que é mutável ao longo do tempo em virtude de contingências da realidade que surgem. A possibilidade do “jus variandi”, entretanto, é limitada a algumas situações descritas na lei e também existe para ocupar os espaços vazios impossíveis de serem definidos de modo completo quando da formação do contrato de trabalho. A obrigação de trabalhar objeto do contrato de trabalho é um tanto imprecisa e vai se definindo no decorrer da relação de emprego, ficando ao encargo do empregador dirigir a prestação de serviços, modificando-a naquilo que não altere as condições principais fixadas na formação do contrato de trabalho, seja pelo exercício da autonomia das partes, seja pela imposição de normas de natureza cogente.

Quando se trata do regime jurídico estatutário e do regime contratual empregatício, um argumento correntemente apontado é que não há no primeiro direito adquirido ao regime jurídico. No entanto, o que ocorre, mais precisamente, é que este direito adquirido inexistente porque decorre diretamente da lei, que não protege as situações não consolidadas.

Um pensar mais aprofundado permite perceber que também no Direito do Trabalho assim funciona. Há alterações legislativas que atingem imediatamente as situações em curso, desde que não consolidadas. Isto ocorre especialmente quando se trata de normas cogentes, insuscetíveis de modificação pelas partes, mas que podem ser alteráveis pelo legislador:

A aplicação imediata das normas de ordem pública providas de fonte heterônomas não se confunde com retroatividade. A constituição do contrato, que configura ato jurídico perfeito, não é atingida pela superveniência de norma nova; a vontade das partes, na seara que lhe é franqueada, permanece inovada. O que se modifica são os aspectos da

relação excluídos da força dispositiva das partes, que descendem diretamente de lei, já que disciplinados por normas estatais cogentes. Não se atinge a constituição do pacto, mas sua execução.<sup>264</sup>

No Direito do Trabalho há a possibilidade, também, da alterabilidade de cláusulas e condições advindas por negociações coletivas anteriores, isto é, as normas autônomas são passíveis de serem suprimidas, embora sobre isso haja divergências doutrinárias. Há quem sustente que os dispositivos acrescentados pela via coletiva aderem definitivamente ao contrato de trabalho e passam a ser garantidos pelo artigo 468 da CLT. Outros admitem que as cláusulas criadas pela via da contratação coletiva só vigoram no período específico da vigência dos instrumentos coletivos (é a posição prevalecente pelo Tribunal Superior do Trabalho, de acordo com a súmula 277). Uma última corrente concebe que as cláusulas contratuais decorrentes de negociação coletiva vigoram, mesmo após o final da vigência do instrumento que as criou, até que uma outra norma (coletiva ou heterônoma) expressamente a revogue.

A admissão da negociação coletiva no setor público também poderia cuidar dessa possibilidade, isto é, a criação de normas específicas durante certo tempo.

Além da questão da alterabilidade das condições de trabalho, que possuem tratamento similar, tanto em regime de direito público, estatutário, quanto no contratual, celetista, verifica-se que outros aspectos também são parecidos.

Quanto à alegada posição de subordinação do agente público ao Estado, a compreensão adequada das teorias do órgão e da impermeabilidade, a partir da admissão de que o Estado detém personalidade jurídica própria e é capaz de formar, com o servidor, relação jurídica, e não meramente expedir atos administrativos, agregado à circunstância de que não mais se tolera um equivocado princípio de supremacia do interesse público que não leve em consideração que o interesse público, em verdade, é qualificado como fim a ser buscado e não como titularidade de alguém, tudo isso em conjunto aponta para uma subordinação do servidor público à ordem jurídica.

---

<sup>264</sup> NETTO, Luísa Cristina e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 198.

Da mesma forma, de há muito em Direito do Trabalho se sabe que a subordinação que prende o trabalhador ao seu empregador é, ainda que conformada por outros fatos, de ordem jurídica, subordinação jurídica em suma, e não pessoal:

As relações contratuais podem conter situações subordinativas, ou melhor, situações que conferem a uma das partes faculdades e direitos relativos à determinação da conduta exigível da outra, sendo previsão legal. A subordinação, como situação jurídica derivada do contrato e entendida de forma objetiva, compatibiliza-se, assim, com o contrato, uma vez que preserva a liberdade das partes. Já a sujeição pessoal, que atua sobre o próprio prestador de trabalho e traduz-se na falta de sua liberdade pessoal, não é tolerada pelo contrato.<sup>265</sup>

E, mais adiante:

A coordenação, traço típico da noção de contrato, mantém-se na igualdade das partes no que toca à manifestação de vontade na formação do vínculo e não é afastada pela presença de subordinação jurídica na execução do contrato. Por certo, a ideia de subordinação surge, limitada juridicamente, na execução do contrato, em virtude da indeterminação qualitativa e quantitativa das prestações e não anula o momento da coordenação existente na formação da avença. A subordinação restringe-se à determinação das prestações que o trabalhador deve executar; é objetiva, funda-se na atividade do prestador, que, com ela, se integra na atividade produtiva do tomador; não pode assumir o caráter de submissão pessoal, de poder fático.<sup>266</sup>

Assim, os compromissos que cabem ao servidor público quanto à lealdade, diligência, honra e outros são relativos à função e não aos fins políticos e ideológicos de governantes específicos, sendo lícito ao servidor, assim como o é ao empregado, resistir a ordens manifestamente injustas e ilegais, desprovidas de finalidade correta:

Apesar de, nas relações privadas, ter-se como regra um vínculo contratual e, na função pública, ainda haver preferência pelo vínculo unilateral, forçoso é admitir que a subordinação que existe nos dois casos apresenta a mesma natureza – jurídica e objetiva –, liga-se às mesmas razões – determinação das prestações, direção da atividade – e tem os mesmos limites e condicionamentos, podendo apresentar certas peculiaridades. Na verdade, os deveres impostos aos agentes públicos – lealdade, obediência, segredo profissional, dedicação exclusiva etc. – são análogos aos dos empregados, diferenciam-se tão só em grau. Um bom exemplo é a hierarquia, que existe tanto para agentes públicos quanto para empregados privados.<sup>267</sup>

---

<sup>265</sup> NETTO, Luísa Cristina e. **A contratualização da função pública**, cit., p 227.

<sup>266</sup> Idem, ibidem, p. 228.

<sup>267</sup> Idem, ibidem, p. 232.

Ainda, na mesma intensidade que a subordinação é permeada pelo jurídico, o poder diretivo correspondente também o é, isto é, encontra seu fundamento e limitação no contrato e no ordenamento jurídico.

Os demais requisitos da formação da relação empregatícia, a personalidade e a onerosidade são verificados, de igual modo, na chamada relação estatutária.

Obviamente, que a relação entre Estado e agente público se dá em virtude de uma pessoa determinada, que não se faz substituir. Há a nomeação e a adesão do trabalhador, a partir daí forma-se o relacionamento jurídico entre os dois.

No contrato de trabalho, de maneira correspondente, a personalidade em relação ao trabalhador é fundamental para a formação do vínculo empregatício. O empregador pode até mesmo ser ente despersonalizado, consoante interpretação do “caput” do artigo 2º, artigos 10 e 448 da legislação consolidada, mas em relação ao empregado seguramente exige-se a determinação quanto à pessoa que prestará a atividade ou ficará à disposição.

Não se imagina, no serviço público, um servidor que não esteja investido das atribuições do Estado para que possa desempenhar sua atividade externamente. Como visto, a teoria do órgão tem dupla face, objetiva e subjetiva, equivalentemente a uma relação de serviço e uma relação funcional. Isto quer dizer que para o agente se apresentar ao administrado deve representar o Estado. Para tanto, só sua pessoa pode prestar-se a isso, não outra que não estiver devidamente investida de poderes a ela atribuídos.

Quanto à onerosidade, o desenvolvimento do regime de função pública veio demonstrar que o trabalhador público tem direito não a uma indenização, mas a uma contraprestação, do mesmo modo que o empregado, e detém sobre ela direitos.

### **11.7 O princípio da legalidade como empecilho à negociação coletiva no setor público**

Outro argumento comumente utilizado para inibir as iniciativas de negociação no âmbito público é afirmar que o diálogo é restringido pela própria observância ao princípio da legalidade.

No julgamento da ADI 492-I, estas razões foram assim expostas no voto do Ministro Carlos Velloso:

A negociação coletiva tem por escopo, basicamente, a alteração da remuneração. Ora, a remuneração dos servidores públicos decorre da lei e a sua revisão geral, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data (CF, art. 37, X, XI). Toda a sistemática de vencimentos e vantagens de servidores públicos assenta-se na lei, estabelecendo a Constituição isonomia salarial entre os servidores dos três poderes (CF, art. 37, XII), a proibição de vinculação e equiparação de vencimentos e que a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores do Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho (art. 39, § 1º).

Acresce que a Constituição deixa expresso que a lei que disponha sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, é de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º, II, a), como é de iniciativa privativa do Presidente da República a lei que disponha sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis (CF, art. 61, § 1º, II, c). Quer dizer, a sistemática dos servidores públicos, regime jurídico, vencimentos e remuneração, assentam-se na lei, mesmo porque legalidade constitui princípio a que a Administração Pública deve obediência rigorosa (CF, art. 37).

Luciana Bullamah Stoll relaciona tal argumento também à visão unilateralista da predominância do interesse público:

Assim, verifica-se que os argumentos contrários à concessão do direito à negociação coletiva aos servidores públicos federais fundamentaram-se no princípio da legalidade e da iniciativa privativa do chefe do poder executivo no que concerne às leis sobre criação de cargos, empregos e funções públicas, ou aumento de remuneração, pelo que, não poderiam as entidades sindicais e nem mesmo a Justiça do Trabalho substituir-se ao Poder Legislativo.

Estando o regime jurídico dos servidores públicos da União sujeito ao princípio da reserva absoluta da lei, segundo a teoria examinada, tornar-se-ia juridicamente impossível à Justiça do Trabalho ingerir em esfera constitucionalmente reservada à atuação legislativa, conforme o voto do Ministro Celso de Melo na referida ADIn n. 492-1.

Ora, com a devida vênia, tal posicionamento revela a inflexibilidade dogmática atinente à aplicação dos princípios da Administração Pública vinculados à visão do Estado sob o prisma do *jus imperii*, daquele que detém o poder de dizer unilateralmente as regras aplicáveis aos seus subordinados, posição esta que deve ceder e harmonizar-se diante da tendência moderna e da nova configuração do

Estado e de sua forma de atuação.<sup>268</sup>

A justificativa atinente à necessidade de observância do princípio da legalidade e da reserva legal dizem respeito, em suma, às limitações constitucionais e da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal)<sup>269</sup>, no concernente à iniciativa do Presidente da República em propor aumentos e reajustes salariais, à dependência de prévia dotação orçamentária e as restrições dos gastos públicos com pessoal a certos limites.

Na Carta Política de 1988 os dispositivos que condicionam a utilização da via legal e a destina ao chefe do Poder Executivo, bem como aqueles que preveem direitos aos servidores públicos, são os seguintes:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, na mesma data e sem distinção de índices;

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito

<sup>268</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**. São Paulo: LTr, 2007. p. 107.

<sup>269</sup> Quanto aos limites de gastos com pessoal de acordo com a Lei Complementar 101/2000 são os seguintes: 50% para a União, 60% para os Estados e Municípios das respectivas receitas líquidas. Na repartição entre os Poderes os gastos serão: no âmbito federal: 2,5% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União; 6% para o Judiciário; 40,9% para o Executivo; 0,6% para o Ministério Público da União; no âmbito dos Estados: 3% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado; 6% para o Judiciário; 49% para o Executivo; 2% para o Ministério Público; no âmbito municipal: 6% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, onde houver; 54% para o Executivo. Há necessidade de se verificar os eventuais excessos aos limites com gastos com pessoal a cada quadrimestre. Se a despesa total com pessoal vier a exceder a 95% do limite fixado pela lei, dispara-se um “gatilho” e ficam vedados: a) concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os decorrentes de sentença judicial ou determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão geral anual (art. 37, X, CF); b) criação de cargo, emprego ou função; c) alteração de estrutura de carreira que implique aumento de pessoal; d) provimento de cargo público e admissão de pessoal, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; e) contratação de horas extras, à exceção de convocação do Congresso Nacional (art. 57, § 6º) e outras situações da lei de diretrizes orçamentárias. Se tais medidas não surtirem efeitos para baixar as despesas com pessoal em dois quadrimestres um terço do pessoal excedente deverá ser eliminado, sem a possibilidade de excluir outras medidas do artigo 169 da Constituição Federal.



do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

**Artigo 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.**

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III – as peculiaridades dos cargos.

...

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, **XIII**, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir

...

§ 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, XI

...

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização e reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade;

§ 8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

**Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.**

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência

para a reserva

Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3º e 4º;

Art. 96. Compete privativamente:

...

II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração de seus serviços auxiliares e a dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II – no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

**§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo.**

**§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.**

§ 5º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

...

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

**§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta**

**orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.**

**§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.**

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

...

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Do exame detido desses dispositivos podem-se extrair algumas conclusões.

Primeiramente, verifica-se que a via da contratação coletiva não está de todo fechada ao servidor público. O artigo 39, § 3º efetua remissão ao artigo 7º, XIII, o qual, em parte final, faculta a compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Ora, como seria possível inexistir o direito à negociação coletiva se há a possibilidade de celebração de um instrumento coletivo (acordo ou convenção) para dispor a respeito de horário e jornada?

Observa-se que anteriormente à Emenda Constitucional 19/98 até mesmo o

inciso VI (“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”) era incluído na relação dos direitos previstos ao servidor público, no artigo 39, do então parágrafo segundo.

Depois, talvez por incompatibilidade com o prescrito no artigo 37, XV<sup>270</sup>, a remissão ao inciso VI do artigo 7º foi excluída.

Na decisão da ADI 492-1, o voto do Ministro Marco Aurélio manifestou-se a respeito nos seguintes termos:

Ora, difícil é conceber não só o enfoque limitativo da remissão, como também a feitura de acordo coletivo que somente beneficie o Estado, a menos que se tenha o sindicato da categoria profissional dos servidores como integrado por “pelegos”, vocábulo outrora consagrado para designar aqueles que atuavam como dirigentes sindicais sem independência, ou seja, presos à autoridade do Ministério do Trabalho.

Frise-se, por oportuno, que, no tocante ao inciso VI, a remissão contida no § 2º somente se justifica quanto à parte final, já que, em relação à regra básica nele contida, ter-se-ia a superposição, pois o inciso XV do artigo 37 da Carga dispõe especificamente sobre a irredutibilidade de vencimentos.

A forma viável de o Estado chegar à redução dos salários, à compensação da jornada ou à redução desta é, como está na Lei Máxima – incisos VI e XIII do artigo 7º, aplicável aos servidores por remissão inserta no § 2º do artigo 39 – negociando – e, como é óbvio, a negociação não é via de mão única, sob pena de revelar-se unilateral, e portanto, uma verdadeira imposição.

Outro aspecto a se examinar de todo o rol de artigos acima transcritos é que, embora a iniciativa do projeto de lei que verse sobre remuneração dos servidores seja do Presidente da República (obviamente que, por paralelismo, dispositivos semelhantes existem nas constituições estaduais e nas leis orgânicas municipais) o anteprojeto em si não é peça exclusiva que compita ao Chefe do Poder Executivo.

A remessa privativa do Chefe do Executivo trata-se, em verdade, da fase final de um procedimento de elaboração orçamentária. Antes disso, vários outros “orçamentos” setoriais foram elaborados, até que, em uma concertação final, possa se chegar à peça que será enviada à aprovação no Poder Legislativo.

---

<sup>270</sup> XV – “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”.

Aliás, conclusão assim é extraída da leitura dos artigos 99, §§ 3º e 4º e 127, §§ 4º e 5º. Se houver atraso do envio das propostas orçamentárias pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores (bem como os Tribunais de Justiça correlatos) ou pelo Ministério Público caberá ao Poder Executivo considerar os valores vigorantes na lei orçamentária atual ou, em caso de desacordo com os limites da lei orçamentária, promover aos ajustes necessários “para fins de consolidação da proposta orçamentária anual”.

Ou seja, a tarefa final do Executivo, antes da remessa ao Poder Legislativo, é efetuar a consolidação do orçamento e não deve causar estranheza que essa tarefa lhe seja atribuída. Não houvesse um órgão central capaz de reunir todos os orçamentos dos diversos órgãos em que se compõem a Administração Pública, seria difícil executar um planejamento realista, adequado e proporcional às necessidades.

Isso não quer dizer, contudo, que a via do diálogo e da negociação consultiva seja vedada. Cada vez mais se observa que as decisões encetadas em bases democráticas têm maior aceitabilidade e eficácia entre seus destinatários, além disso se garante a ocorrência de canais que previnem a deflagração de litígios e conflitos, a serem solucionados de última hora, sem qualquer parâmetro razoavelmente estudado e instituído de modo legítimo.

Nos dizeres de Rogério Gesta Leal,

... um processo de democratização de uma sociedade é, necessariamente, também um processo de organização do Estado, em que ele se mobiliza tendo em vista propiciar a possibilidade de prevenção e resolução dos conflitos dessa sociedade, o que implica a constituição de processos e procedimentos adequados à prevenção e resolução desses conflitos.<sup>271</sup>

Se há uma necessidade que se repete todos os anos, em mesma data, que é a da revisão geral da remuneração dos servidores e de subsídios (artigo 37, X), por que não institucionalizar um procedimento permanente e democrático para se chegar aos índices anuais, sem que seja necessário esperar vários anos, como não

---

<sup>271</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade – novos paradigmas**, cit., p. 43.

raro ocorre, para a postulação de uma majoração atrasada? O que se nota é que a ausência de um canal deste tipo acaba por facilitar “barganhas” e “lobbysmos” que vêm a desvirtuar a finalidade das normas orçamentárias destacadas na Constituição, qual seja a de evitar a corrupção e o desvio de finalidade.

Não é incomum, enfocada a realidade do Judiciário, que parlamentares não integralmente incorporados nas responsabilidades de suas funções achem correta a utilização de revanchismos contra decisões que lhes descontentaram, dificultando qualquer tipo de proposta de reajustamento salarial dos membros do Poder Judiciário e de seu funcionalismo.

Por isso é importante elastecer ao máximo a possibilidade de diálogo. O importante é que até mesmo para os agentes políticos e militares adotem-se procedimentos institucionalizados de discussão de temas a eles afetos. Justamente por serem setores estratégicos da organização estatal, é muito fácil enfraquecê-los se forem colocados em total dependência e ao sabor dos humores “legislativos”.

Chama-se atenção para que a Convenção 151 da OIT não impede o diálogo com os empregados de alto nível, com poder decisório, ocupação de cargos de direção ou aqueles cujas obrigações sejam altamente confidenciais. De igual maneira quanto aos integrantes das Forças Armadas e da Polícia. Determina que possam ocorrer limitações, mas não o impedimento à manifestação.

Uma lei que regulasse o procedimento de negociação consultiva e que expusesse, de modo inequívoco, a participação dos atores sociais, inclusive da população, além de representantes do Parlamento, seria bastante eficaz para racionalizar procedimentos no momento de se definir questões estratégicas da organização da Administração.

Muitos Municípios já deram exemplos da viabilidade de orçamentos participativos, que conferem transparência e dinamismo a questões antes decididas unilateralmente. Iniciativas desse tipo desenvolvem e aprimoram a capacidade de discussões amadurecidas, ou seja, contém um elemento pedagógico e implicam criar responsabilidades nos que coparticipam do procedimento de criação.

Um procedimento consultivo eficaz, contudo, não deve ser meramente de fachada, sem imposição de obrigações, como ressalta Florivaldo Dutra de Araújo:

Quando se fala em procedimento meramente consultivo, não se pode entender o atributo como redutor da obrigatoriedade e seriedade com que se deve encarar o processo. A começar pelo preceito de que as autoridades condutoras das conversações devem ser as competentes, originariamente ou de modo delegado, para assumir compromissos em nome da Administração.

Tanto no caso de iniciativa dos órgãos públicos, quanto dos sindicatos em iniciar as tratativas, devem observar-se os prazos razoáveis entre as solicitações de negociação, o desenrolar das conversações, a decisão dos administradores e a comunicação desta aos sindicatos de servidores.

Qualquer decisão da Administração, seja para agasalhar ou rejeitar a inserção de reivindicações dos servidores nos atos administrativos ou propostas de lei respectivas, devem ser motivadas, explicando-se, aos servidores e à opinião pública, o porquê de as propostas terem sido ou não aceitas. No caso de projetos de lei, pode prever-se que as reivindicações dos servidores, acompanhadas de relatório das conversações ocorridas e da citada motivação administrativa, serão encaminhadas ao Parlamento para consideração nos debates legislativos, a exemplo do que se prevê no citado Acordo em vigor na Alemanha.

Para se garantir suficiente seriedade na condução da consulta, uma vez que se estabeleça em lei a obrigatoriedade de sua ocorrência, tornar-se-á mesmo requisito de validade do ato administrativo ou de cognoscibilidade do projeto de lei no Parlamento. Todos estes aspectos evidenciam, como lembra Carrera Ortiz a propósito da negociação no Direito espanhol, que se está diante de fenômeno inovador, refletindo nova forma de relação entre Estado e sociedade civil, o que exige novas formas de concepção dos procedimentos administrativo e legislativo.<sup>272</sup>

Uma indicação de que não é vedado entabular diálogo em assuntos ligados à política administrativa e de remuneração de pessoal foi a alteração do “caput” do artigo 39 da Constituição, pela Emenda Constitucional 19/98, para determinar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de “conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”. Isto é, os servidores participarão de conselho incumbido de decisões, inclusive, em questões remuneratórias. Percebe-se, portanto, que o fato da reserva de iniciativa de leis orçamentárias ao Chefe do Executivo não implica que este necessariamente tenha que decidir, solitariamente, o conteúdo dos projetos a serem encaminhados ao Poder Legislativo.

---

<sup>272</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 419.

Muito embora tenha retornado a redação originária do artigo 39, “caput”, que não fazia menção à instituição de conselho de política de administração e remuneração de pessoal, a introdução deste mecanismo no sistema constitucional não chegou a ser atacada na decisão liminar da ADI 2135<sup>273</sup>, o que implica dizer que, de modo implícito, não há inconstitucionalidade na sua previsão, que é compatível com o restante da Constituição e até mesmo com a necessidade de um regime jurídico único em cada esfera de Poder. Aliás, o desenrolar de uma política de pessoal integrada pela participação dos servidores só pode vir a majorar a eficácia das decisões ali tomadas dentro do que se pode denominar de processo de autolegislação.

A Constituição, como se teve oportunidade de verificar, é orientada para o pluralismo, não para o centralismo e monismo jurídicos. Também é fundamento da República a valorização da dignidade humana, pela qual o indivíduo não se desintegra no Estado, mas preserva sua personalidade, ainda que se deva sopesar e mitigar seus interesses ante outros preservados no ordenamento jurídico.

Isso quer dizer que há limitação material e subjetiva na negociação coletiva no serviço público. O artigo 61, § 1º, I e II, da Constituição é exemplificativo destes limites, pois se depende da iniciativa do Chefe do Executivo. Ocorre aí uma limitação subjetiva.

Porém até mesmo na negociação coletiva desenvolvida no setor privado há limites, como dá conta a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas a respeito. Há limites no tocante aos agentes envolvidos também. Por exemplo, na atual conformação constitucional, em que não houve adoção plena da liberdade sindical e há exigência da participação necessária e isolada dos sindicatos, os quais se vinculam à unicidade sindical, não há espaço, por exemplo, para negociações

---

<sup>273</sup> Decisão liminar de 2 de agosto de 2007, publicada em 7 de março de 2008. O fundamento da inconstitucionalidade material da emenda constitucional 19/98 no tocante à modificação do regime jurídico único foi o de que na decisão de primeiro turno não havia sido aprovada a revogação do regime jurídico único assim como a criação do regime de emprego público para as hipóteses do artigo 37, IX. No entanto, para se conseguir a revogação do regime jurídico único, logrou-se colocar o parágrafo segundo então aprovado, que dizia respeito à instituição do conselho de política de administração e remuneração de pessoal no “caput”. Com isso, seria alterada a redação que impunha o regime único e contornava-se a não aprovação do regime de emprego público. Como se percebe, o Conselho, pela decisão do STF, não chegou a ser atacado como inconstitucional, porém a redação modificada do artigo 39, sem aprovação em dois turnos é que encontrou óbice.



concretizadas pelas Centrais Sindicais. Vale dizer que existem, obviamente, limitação subjetiva aos agentes autorizados a exercer o pluralismo jurídico em matéria de Direito Coletivo do Trabalho.

Ocorrem, destarte, limitações subjetivas e materiais, pois não se admite a negociação coletiva que fira a proteção decorrente de normas de ordem pública.

De certo que a negociação coletiva no serviço público é, em maior grau, sujeita a limitações, pois além de se atender aos interesses de um e de outro dos agentes envolvidos, deve-se pautá-los, também, para atendimento ao interesse público que pode envolver também terceiros, credores de serviços públicos.

As matérias sujeitas à negociação consultiva naturalmente sofrem maior limitação material, pois nelas não se pode, desde já, promover efeitos vinculantes. Dependem de deliberação posterior. Porém, a previsão da forma com que se dê e a informação do procedimento por certos princípios, notadamente o da boa-fé, garante segurança jurídica a todos os envolvidos e não pode, de modo algum, ser tachado como algo contrário ao Direito.

Um último ponto a ser lembrado quando se trata de recorrer às normas constitucionais para obstar a negociação coletiva no serviço público é reconhecer que nem todas as matérias sujeitas a esse procedimento são reivindicações de reajuste remuneratório e que nem sempre a negociação coletiva precisa resultar numa contratação coletiva. Pode servir para prevenir conflitos, dando correta interpretação jurídica a certos fatos e circunstâncias, ou mesmo dando respaldo e condições para melhoria do ambiente de trabalho sem ser necessário um documento intitulado como contrato coletivo (ou acordo coletivo).

Como visto, na negociação consultiva o que importa mais é criar vinculação ao campo de discricionariedade do agente que, em última instância, é responsável por decidir a respeito de certo assunto.

Recorda-se aqui das seguintes palavras de José Cláudio Brito Monteiro Filho:

Esta restrição à liberdade de exercício das funções, a propósito, é inibidora da atuação das entidades sindicais de grau superior e das centrais sindicais, bem como de outros grupos, como as comissões de empresa.

Observe-se, em relação à função negocial, que se deve separar a negociação coletiva da contratação coletiva, ou seja, deve-se observar que a negociação é meio autocompositivo de solução de conflitos, enquanto o contrato coletivo (em sentido genérico) é apenas um dos meios de materializar uma negociação bem-sucedida.

É que, em certos casos, a negociação, mesmo com sucesso, não resulta na celebração de acordo de caráter normativo, mas materializa-se de outra forma, como com a inserção do consenso obtido em regulamento de empresa ou, como é o caso do serviço público, com a edição de norma, por ato unilateral do ente público, desde que impedido, pelo princípio da legalidade, de firmar acordos coletivos de trabalho.

Confundir negociação com contratação, deve ser salientado, pode resultar no entendimento de que, se vedada a segunda, vedada também a primeira, como fez o Supremo Tribunal Federal, na ADIn 492-1, julgada em 12.11.92, considerando inconstitucional a letra *d* do artigo 240 da Lei n. 8.112/90 (regime jurídico único federal), que permitia a negociação coletiva no serviço público federal.

Esta decisão, se não entendida de forma correta – pode negociar mas não pode contratar –, é passível de levar ao entendimento, teratológico, de que servidores públicos, por seus sindicatos, não podem estabelecer um processo de diálogo com a Administração Pública.<sup>274</sup>

Assim, além dessa limitação de ordem subjetiva, pela qual certos atos devem, obrigatoriamente, ser expedidos unilateralmente, o que não descarta, contudo, que a motivação do ato seja resultante de um procedimento de consulta e de um compromisso de solução acertada, há matérias que independem de lei e que podem ensejar efeitos diretamente vinculantes.

Em um procedimento vinculante é possível a contratação coletiva, o que se dará no mais das vezes pelo Acordo Coletivo, porém não se impede, como se verá mais adiante, a contratação pela Convenção Coletiva.

Não deve soar estranha a contratação coletiva em âmbito administrativo. Como observa Florivaldo Dutra de Araújo,

A regulamentação de interesses coletivos por via de pactos nos quais se possam inserir entes da Administração Pública sequer constitui novidade no direito positivo. A Lei 8.078, de 11.9.1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor, prevê no art. 107 a convenção coletiva de consumo, a ser firmada entre entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica para regulação das

<sup>274</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do Direito Comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa. São Paulo: LTr, 2000. p. 169-170.

relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo... Portanto, uma associação de fornecedores que englobe, exclusivamente ou não, entidades da Administração Pública, de direito público ou de direito privado, pode firmar com as entidades civis de consumidores a convenção coletiva de consumo. Suponha-se, por exemplo, que determinados municípios criem associação para gestão conjunta de determinado serviço público prestado em uma região e, para regular as relações com os usuários, firme convenção coletiva com entidades associativas dos consumidores interessados.<sup>275</sup>

Há matérias que independem de lei específica e que podem se abrir à negociação coletiva com caráter vinculante.

Como exposto por Luciana Bullamah Stoll,

Em primeiro lugar, deve ficar esclarecido que a negociação coletiva não se restringe à questão de valores remuneratórios. Ora, a negociação coletiva envolve também questões ligadas às condições dos trabalhadores, o que se aplica, igualmente, aos funcionários públicos. Nesse sentido, também podem ser objeto de negociação a forma de desempenho das funções, as condições nas quais elas se dão, a atuação das pessoas políticas na prestação dos serviços, especialmente quando se cuida de atividades públicas, dentre outros temas recorrentes que ocupam e preocupam igualmente a categoria.

A busca de melhores condições de trabalho é finalidade preeminente da entidade sindical, não sendo apenas de cunho remuneratório. Em outras palavras, a negociação coletiva não objetiva apenas resolver questões pecuniárias, mas também disciplinar outras situações não regradas pela lei. No que se refere às limitações de gastos e ao teto remuneratório, são imposições que limitam reajustes e concessões de vantagens, mas não as impedem em condições normais de sanidade do erário, bem como a negociação de outras condições de trabalho, como flexibilização de jornada de trabalho (art. 7º, XIII e art. 39, § 3º, CF).<sup>276</sup>

Florivaldo Dutra de Araújo também arrola alguns temas que não demandariam previsão legal específica:

Observados os limites constitucionais já registrados, o objeto da negociação e, conseqüentemente, o conteúdo do contrato coletivo, pode estender-se a diversos temas, de modo algum se restringindo ao aspecto remuneratório. A formação profissional, a mobilidade nas carreiras, as modalidades de avaliação, as condições nas quais se realizam os serviços, as possibilidades de melhoria da eficácia e modernização destes, tudo isto pode ser incluído no conteúdo contratual. Aspecto interessante que demonstra o benefício capaz de obter a Administração com tal forma de normatizar as relações com os servidores é a possibilidade de fixação de metas de eficiência no

<sup>275</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 420-421.

<sup>276</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**, cit., p. 117.

serviço público como condição do deferimento ou continuidade da percepção de certas vantagens, o que pode ser contratado desde níveis mais altos até órgãos menores do Poder Público, em processo de descentralização do procedimento contratual. Assim poder-se-ia flexibilizar a gestão de pessoal, afastando-se muita rigidez burocrática e contribuindo para a renovação das relações de trabalho na função pública.<sup>277</sup>

Como visto, a negociação coletiva, em certos casos, poderia servir para concretizar o princípio da eficiência ao qual está a Administração adstrita, desde sua introdução no artigo 37, “caput”, pela emenda constitucional 19/98. Apesar de se ter pautado, insistentemente, que a negociação coletiva é fundamentalmente meio de resistência do trabalhador, integrado à greve, há certas políticas que, com a devida gradação de intensidade, podem resultar em benefício geral ao serviço público e à população. Uma política de prêmios e de remuneração variável, aliada a cursos, com respeito à dignidade do trabalhador público, podem estimular um desenvolvimento saudável na prestação de serviços.

Luísa Cristina Pinto e Netto, após destacar que é necessária uma lei-base para disciplinar como se dará a negociação coletiva, quais as matérias passíveis de força vinculante e outros assuntos, ressalta que é possível relegar-se vários assuntos ao regime de disciplina contratual (individual ou coletiva):

Matérias como a remuneração e outros assuntos pecuniários, por exemplo, podem ser deixados a cargo das partes para serem equacionados contratualmente, sem perder de vista as imposições constitucionais a respeito. Mas não só tais matérias. Pode-se pensar em disciplinar contratualmente, tendo em vista as balizas estabelecidas na “lei base”, progressão na carreira, horário de trabalho, avaliação de produtividade, remuneração diferenciada em virtude de produtividade, qualificação profissional etc.<sup>278</sup>

Um assunto que, sem dúvida, pode ser disciplinado por negociação coletiva sem a exigência da reserva legal é o de solução de questões atinentes à segurança e à medicina do trabalho. A melhoria da ergonomia, a eliminação e a redução de agentes insalubres e perigosos; a disciplina de situações de penosidade que gerem direito à indenização para os servidores que operem nessas condições; a fiscalização sobre o trabalho em condições impróprias; em tudo isso e numa diversidade de outros assuntos, a atuação do sindicato profissional dos servidores

---

<sup>277</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 426.

<sup>278</sup> NETTO, Luísa Cristina e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 287.

pode obter avanços junto à Administração, com a formação de atos de conteúdo concreto e vinculante, independente da expedição de uma lei específica.

Uma abordagem interessante é a de Melissa Demari que enfoca, com base na realidade espanhola, o caráter relativo do princípio da reserva legal:

Sobre o alcance do conteúdo dos princípios que regem a atuação da Administração, Remédios Roqueta Buj, ao analisar situação muito semelhante ocorrida na Espanha (a qual se terá oportunidade de tratar adiante), assevera que o Princípio da Reserva Legal não é incompatível com a negociação coletiva, vez que o mesmo, ao contrário do que comumente se afirma, é relativo, e não absoluto, visto que a lei não precisa regular todos os aspectos da relação de trabalho, sendo perfeitamente possível a remissão a outros expedientes de organização interna da Administração Pública, como é o caso de Ordens de Serviço, Portarias, dentre outros.

Com efeito, no Brasil tais expedientes são frequentemente utilizados para ordenar questões concernentes a horário de trabalho, divisão e forma de execução de determinadas tarefas etc. ... O equívoco, aqui, estaria em reduzir a complexidade da relação de trabalho ao aspecto meramente remuneratório, como o fez o Relator da ADIn 492-1/DF, para quem a negociação coletiva tem por escopo, basicamente, a alteração da remuneração...

De outro lado, mesmo tratando a negociação coletiva do aspecto remuneratório da relação de trabalho – o qual está, efetivamente, submetido à reserva legal –, ainda resta espaço para compatibilização da demanda social com o ordenamento jurídico, conforme já ocorre no plano fático, ...

Remedios Buj também desconstitui a tese de incompatibilidade da negociação coletiva em face da subordinação da atuação administrativa ao Princípio da Legalidade. No seu magistério, tal princípio é justamente um dos fundamentos da negociação coletiva para os servidores públicos, pois o mesmo impõe que a Administração observe a totalidade do ordenamento constitucional, o qual garante aos servidores o exercício da liberdade sindical. Da mesma forma, relativamente às determinações legais atinentes à persecução do interesse público, pondera que o interesse público não está desvinculado dos interesses individuais e coletivos, eis que está a serviço dos cidadãos, e não o inverso, de forma que a criação de vias negociais com o corpo de servidores não atenta contra o interesse público. Pelo contrário, atende ao interesse comum de democratização do Estado<sup>279</sup>

A questão colocada por Melissa Demari é de fundamental importância: como compatibilizar, na negociação coletiva, o princípio da observância à legalidade e o aspecto da disponibilização de interesses? Uma solução interessante é a que vem tomando corpo algum tempo, qual seja, a de dar uma importância maior ao princípio da legalidade do que a mera observância da lei em sentido formal. Um enfoque

---

<sup>279</sup> DEMARI, Melissa. **Possibilidade da negociação coletiva entre servidores públicos e o Estado**. Acesso ao link <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12289&p=3> em data de 30 de maio de 2009.

aprimorado do princípio da legalidade permite substituí-lo, mais corretamente, pelo princípio da juridicidade.

### 11.8 Princípio de legalidade ou princípio da juridicidade?

Uma compreensão cada vez mais avançada do princípio da legalidade é a de que ele não se resolve exclusivamente na observância da lei em sentido formal, mas leva em conta, também, os princípios e valores constitucionais e coexiste com outras formas de manifestação da legalidade<sup>280</sup>.

No entendimento de Fabrício Motta,

A compreensão do significado das dimensões tradicionais do princípio da legalidade (composta pelos subprincípios da reserva da lei e preferência da lei), contudo, não esgota a questão da submissão da Administração às leis. Com efeito, deve-se buscar um significado para o princípio que, ao mesmo tempo: a) considere a normatividade dos demais princípios constitucionais, notadamente os aplicáveis à Administração; b) importe em uma vinculação mais estrita que a imposta aos particulares, por força do art. 5º, inciso II da Constituição; c) leve em consideração a força normativa da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais, e a estrutura escalonada do ordenamento jurídico; d) não importe em vinculação estrita a ponto de ser, na prática, irrealizável.<sup>281</sup>

Atualmente boa parte da doutrina substitui o princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, ou, com outras denominações, princípio da legitimidade, princípio da constitucionalidade ou da supremacia constitucional. Isso significa que a Administração não se submete somente à lei formal, mas a todo o Direito, incluindo as demais normas do ordenamento, especialmente a Constituição. Nesse contexto, é primordial a força dos princípios, pois a normatividade destes se constrói como coadjuvante ou aspecto da legalidade.

No tocante à aplicação do princípio da legalidade, João Batista Gomes Moreira esclarece que o princípio da legalidade caminhou para um processo de substantivação, eis que outros princípios o influenciam:

---

<sup>280</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 90.

<sup>281</sup> Idem, *ibidem*, p. 128.

No Estado social, ao princípio da legalidade da Administração Pública acrescentam-se, servindo de exemplo a Constituição brasileira, os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e *eficiência*, de forma entrelaçada e reciprocamente instrumentalizada. Princípios são generalizações de normas, valores-síntese ou balizas que orientam a produção, sobretudo a interpretação e a aplicação do Direito, dando coerência e consistência ao sistema normativo. A subordinação àqueles outros princípios colocados expressamente na Constituição, especialmente ao princípio da eficiência, é indicação segura de que os *trilhos* da Administração não mais se limitam à lei “*stricto sensu*”.<sup>282</sup>

Assim, em função do princípio da constitucionalidade abandona-se, de uma vez por todas, a mera literalidade da lei, para reverenciar-lhe o conteúdo e não a forma. Além do mais, as leis contêm, com crescente frequência, conceitos flexíveis, indeterminados e programáticos que demandam, quase sempre, uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de que devem estar presentes as interpretações sistemática, axiológica e teleológica.

Abandona-se o legicentrismo, pelo qual a lei ocupava uma posição central, de importância maior até mesmo que a Constituição de um país, para extrair-se a força da normatividade na Constituição, como ideal de reaproximação com a Justiça. Assim, o apego extremado à lei provinha de um modelo positivista exagerado, que deu suporte a regimes totalitários e a posições extremadas que não incluíam outra possibilidade que não o monismo jurídico centralizador do Estado:

No constitucionalismo típico do Estado Liberal, surgiu e consolidou-se o princípio da legalidade como intensa e total submissão à lei, refletindo a concepção filosófica positivista. A lei – e seu protagonismo no cenário jurídico – foi a principal atingida com a evolução para o Estado Constitucional, propugnada pelo constitucionalismo contemporâneo, iniciado proximamente à metade do século XX.

Ao associar a decadência do positivismo puro à derrocada dos movimentos totalitários, após a Segunda Guerra, Luís Roberto Barroso ressalta que o positivismo pretendia ser uma teoria do Direito baseada em uma atitude cognoscitiva, mas acabou por se tornar uma ideologia movida por juízos de valor: “O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positividade da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.”<sup>283</sup>

Após as atrocidades da segunda guerra mundial, em clima de perplexidade e

<sup>282</sup> MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade. In FERRAZ, Luciano e MOTTA, Fabrício (coords. e coautores). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 71.

<sup>283</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 61-62.

como modo de reação, buscou-se um substrato filosófico diferenciado, o pós-positivismo, consistente na elaboração de uma teoria de direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, aliado a uma nova hermenêutica constitucional em que se valorizam princípios explícitos ou implícitos no texto constitucional, reaproximando Direito e Ética.

A normatividade dos princípios, assim, foi elevada como sustentação de todo o sistema constitucional e a Constituição passou a ser concebida “como um sistema normativo aberto de princípios e regras<sup>284</sup>, com uma estrutura dialógica e fluida, aberta às concepções cambiantes da verdade e da justiça, na lição de Gomes Canotilho<sup>285</sup>”.

Em razão disso, a Constituição e os valores por ela albergados passam a servir de parâmetro para a interpretação de todos os ramos do Direito, pela chamada “filtragem constitucional”, com a valorização do caráter principiológico e normativo da Constituição, para, em vez de se adaptar à realidade concreta, fazer com que a realidade se transforme<sup>286</sup>. Não foi diferente com o Direito Administrativo, que sofreu também o processo de constitucionalização.

Na nova ordem jurídica, de preponderância da normatividade constitucional, ao invés de legalismo passa-se a falar em constitucionalismo. A onipresença da Constituição substitui a independência das normas legais, a norma pura e simples opõe-se ou integra-se pelo valor e a subsunção cede lugar à ponderação. A legalidade não mais passou a ser vislumbrada sob uma ótica estrita formal:

---

<sup>284</sup> Convém esclarecer que os valores acolhidos pela normatividade constitucional revestem-se como princípios constitucionais e também em regras. Assim, os princípios não são meras técnicas de interpretação ou orientações programáticas, porém verdadeiras normas. As normas constitucionais, portanto, dividem-se em normas-regra e normas-princípio. Os princípios, nos dizeres de Paulo Bonavides, são as normas-chave de todo o ordenamento jurídico e são o oxigênio das Constituições do pós-positivismo, pois dão unidade de sentido e auferem a valoração da ordem normativa. Para diferenciar as normas-regra das norma-princípios, José Joaquim Gomes Canotilho elenca os seguintes critérios: a) abstração – os princípios são normas com elevando grau de abstração, enquanto as regras possuem abstração reduzida; b) determinabilidade – os princípios são vagos e indeterminados, carecendo de mediações concretizadoras no caso concreto, ao tempo em que as regras podem ser aplicadas diretamente; c) fundamentabilidade – os princípios tem papel fundamental e estruturante; d) proximidade da ideia de justiça – os princípios são padrões vinculantes amparados por ideias de justiça enquanto as regras podem ter um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética – os princípios são o fundamento das regras e constituem a razão delas.

<sup>285</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 64.

<sup>286</sup> Idem, *ibidem*, p. 65.



... basta asseverar que o reconhecimento de que a Constituição alberga uma série de valores e é composta por normas-regra e normas-princípio, ambas dotadas de diversos graus de eficácia, marca com força a passagem do Estado Legal ao Constitucional.

O Estado Constitucional, desta maneira, passa a considerar de forma diferente o princípio da legalidade – em lugar da legalidade formal, que se limita a conferir competências e estabelecer procedimentos, ganha relevo a legalidade material que, além disso tudo, propõe limites materiais à atividade normativa do Estado. O controle de competências e procedimentos, apesar de ainda importante, passará a conviver com o protagonismo do controle de conteúdo, restando caracterizada a submissão formal e material de todos os poderes do Estado à Constituição.<sup>287</sup>

O realce do princípio da supremacia da constituição, e não mais da pura legalidade normativa formal, também acontece pela incorporação de novas dimensões de direitos fundamentais, pelas quais o Estado deixa de se colocar numa postura absenteísta e negativa, em que os direitos detinham uma perspectiva subjetivista, de proteção contra a ordem estatal, e passa a se impor como garantidor e promotor dos direitos fundamentais, numa dimensão de objetivação. Os direitos fundamentais, portanto, acentuam-se como princípios básicos da ordem jurídica. Ademais, além do legislador ganham importância na concretização e efetivação dos direitos também a Administração Pública e o Judiciário.

Assim, a Administração em relação aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais é moldada pela eficácia interpretativa, guardando conformidade com os direitos fundamentais e otimizando sua aplicação, o que acaba por condicionar a discricionariedade administrativa. Quanto à eficácia negativa, fica impedido à Administração praticar atos ou editar normas que se oponham aos direitos fundamentais.

De há muito, portanto, que a lei em sentido formal e a preponderância do Poder Legislativo dentro da divisão clássica dos Poderes vêm sendo questionadas.

Aliás, a criação da democracia moderna e seus instrumentos de representação, não raro, são identificadas como instrumentos da burguesia a serviço de seu controle político. Como observa Fábio Konder Comparato, a democracia moderna,

---

<sup>287</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 65-66.

foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. Daí por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (demos), a democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativas, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. Não assim os chamados direitos sociais, ou a reivindicação de uma participação popular crescente no exercício do governo (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo).<sup>288</sup>

Em um primeiro momento da formação do Estado Moderno pós-revoluções liberais burguesas, aconteceu uma preeminência do Poder Legislativo sobre os demais poderes, diante do império da lei, expressão livre e solene da vontade geral do povo, o que tinha inegável supremacia sobre os que a executam. A lei era a melhor alternativa encontrada para viabilizar o principal objetivo da sociedade, a fruição dos bens de cada um em paz e segurança.

Havia embutido na observância ao princípio da legalidade um desejo de garantia, de certeza jurídica e controle do poder soberano.

A lei, nesta conjuntura, devia possuir atributos de generalidade e abstração, mas também se legitimava pela sua origem no Legislativo, que era o Poder que representava a expressão da vontade geral. Ou seja, a legalidade era, notadamente, normativa formal.

No entanto, as instituições clássicas de representação democrática não chegaram a dar conta da falhas no dogma da separação dos Poderes do Estado e dos fenômenos que influíram na chamada “crise da lei”.

Quanto à separação dos Poderes, o que se constatou, ao longo do tempo, foi

---

<sup>288</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2005. p. 50-51.

o agravamento de falhas ou contrapesos que nunca tornaram totalmente puro o dogma, como, por exemplo, a participação do Executivo no processo legislativo, pela possibilidade de veto das leis, além de sua política burocrática interna cuja condução era feita consoante um determinado sistema político vigente.

Além disso, a substituição da preeminência do Legislativo pela do Executivo, cuja interferência no processo legislativo aumentou gradativamente ao ponto de a lei não ser mais tida como representativa da vontade geral e soberana.

Paulo Otero, de acordo com Fabrício Motta, relaciona três fatores que abalaram a clássica engenharia constitucional da separação de poderes:

a) a intervenção dos partidos políticos – sobretudo nos ordenamentos que consagram a forma parlamentarista de governo, perpassando o exercício das funções de todos os poderes; b) a neocorporativização da decisão política – a reconciliação do Estado com a sociedade prega a utilização de fórmulas consensuais, remetendo a legitimidade das decisões normativas estatais em procedimentos negociais; c) a transformação da competência das estruturas tradicionais – o Executivo não mais se sujeita à vontade geral expressa pelo parlamento, muito pelo contrário.<sup>289</sup>

Esse último aspecto, o de o Executivo não mais se sujeitar à vontade geral expressa pelo parlamento, é esmiuçado pelo autor, que enxerga um protagonismo daquele Poder, que faz com que, na verdade, não exista mais verdadeira separação de poderes, a não ser, em termos jurídicos, entre o Judiciário e os demais poderes e, em termos políticos, entre o Executivo e sua maioria parlamentar e a minoritária oposição:

... O Executivo, antes subordinado às diretrizes emanadas do Legislativo, atualmente comanda os processos jurídico-formais de decisão, interferindo decisivamente nas competências tradicionalmente asseguradas ao Legislativo, por diversas maneiras: a) determinando os rumos pelos quais serão conduzidas as políticas interna e externa do Estado (inclusive, neste último caso, participando de rodadas de negociação que, posteriormente, resultarão em atos normativos comunitários ou internacionais); b) utilizando-se de mecanismos institucionais que lhe atribuam competência para edição de atos normativos primários, como medidas provisórias; c) participando ativamente da elaboração de projetos de lei, por intermédio das estruturas administrativas com maior capacidade técnica para a diversidade de matérias tratadas; d) iniciativa das leis orçamentárias e controle de sua execução; e) formando grandes blocos partidários (ou mesmo extrapartidários) e assegurando-lhes, efetivamente, o controle de

---

<sup>289</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 47.

todas as deliberações legislativas.<sup>290</sup>

A solução apresentada pelo autor para o protagonismo do Executivo, sem menoscar a importância do Legislativo, é a de adaptar a concepção tradicional da separação das funções estatais, fornecendo novo instrumental ao Poder Executivo, para responder às crescentes necessidades normativas, porém incrementando, ao mesmo tempo, as possibilidades de controle desse instrumental pelo Legislativo, o que iria ao encontro da ideia de “Estado Regulador”.

O fenômeno da “crise da lei” relaciona-se à incapacidade de substituir a subjetividade da vontade pela objetividade da norma, como ocorreria na antiga concepção da vontade geral pelo Legislativo. Há alguns que mencionam uma degeneração do sentido clássico da vontade geral. Para isso, contribuem as circunstâncias de o Executivo ter passado a ser o executor e formulador da política em termos cada vez mais amplos e o Legislativo, não raro, outorgando delegações ao Executivo ou se restringindo a consentir com planos e programas do governo.

Outros sintomas da aludida degenerescência do sentido clássico da lei: o aumento do número de leis que tratam de casos concretos<sup>291</sup> ou que se destinam a autorizar o Executivo a agir em determinadas áreas; a indiferença política e a tendência ao crescimento da regulação social; a quebra de pressupostos culturais, em decorrência do pensamento pós-moderno; a quebra de pressupostos de legitimação, sobretudo em razão da origem da lei, que deixa de ser produto da vontade geral para tornar-se vontade da maioria legislativa, comumente degenerada por interesses partidários<sup>292</sup>; manifestações do poder normativo da Administração; globalização da economia e das relações sociais, “que trazem consigo a proliferação de normas “universais” as quais se integram ao ordenamento interno dos países”.

---

<sup>290</sup> Idem, *ibidem*, p. 48.

<sup>291</sup> “A abstração e a generalidade das leis, atributos clássicos ligados à sua função garantística, hoje são tidas como insuficientes para a viabilização da intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou da realização de valores exigidos pela sociedade, sendo preciso normas mais diretas. Enfim, as complexas mudanças experimentadas pelo mundo contemporâneo refletem-se no papel desempenhado pelo Estado Constitucional e, com isso, transformam as funções tradicionalmente atribuídas à lei, enquanto produto formalmente oriundo do Poder Legislativo” (MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 86).

<sup>292</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 86.

A necessidade de o Estado cumprir papéis mais diversificados do que os que lhe couberam na concepção do Estado liberal, agindo com preparo técnico e rapidez, dificulta a dependência da atividade normativa do Legislativo. A par disso, o Poder Legislativo frequentemente tem-se caracterizado por uma profusão normativa, nem sempre sistemática, que acaba por trazer insegurança jurídica, justamente um dos atributos que residiam na observância estrita do princípio da legalidade:

O cenário brevemente descrito acarretou imensurável aumento na quantidade de normas existentes, sendo praticamente impossível imaginar alguma matéria que não seja regulada, em maior ou menor intensidade, por alguma norma escrita. Santiago Muñoz Machado, em interessante passagem, colaciona os adjetivos já imaginados pela doutrina para caracterizar esta nova “galáxia normativa:

está se falando do legislador hiperativo, assistemático e descuidado. Do legislador atento aos interesses de grupos de pressão; da explosão, maremoto, avalanche, inflação, orgia, hipertrofia, poluição da legislação. Do fenômeno das normas fugazes, pela brevidade de sua vigência; das regras intrusas, que aparecem sem fundamento em leis que possuem outros propósitos. Das normas ad hoc; das leis virtuais, que não são derogadas e seguem vagando fantasmagoricamente; das leis simbólicas e inclusive das leis espetáculo.

Enfim, pode-se concluir – de maneira parcial – que, atualmente, as características do modelo liberal de lei, concebidas como limite à natural situação de liberdade do homem, já não se mantêm. Separada deste seu contexto original, em que atuava estabelecendo limites entre dois âmbitos perfeitamente distinguíveis – o da autoridade pública e o da liberdade particular –, a lei perde seu sentido clássico de orientação e suas características clássicas, fazendo-se temível por sua imprevisibilidade.<sup>293</sup>

Portanto, a conjugação do engrandecimento dos princípios e normatividade constitucionais, como norte à atuação dos intérpretes do ordenamento jurídico, inclusive à Administração Pública na sua tarefa de cumprir a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, aliado à crise da separação clássica dos poderes e da lei, como representação da vontade geral, abstrata e genérica, abriu espaço para um conceito mais aberto de submissão da Administração à lei como submissão ao ordenamento jurídico como um todo, em especial à Constituição que contém os valores-vértice para a atuação de todos.

Assim, sob a luz do Direito Constitucional, o Direito Administrativo hoje se atualiza, revisa seus dogmas tradicionais e recebe novas tendências. Outras formas

<sup>293</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 88.

de manifestação de legalidade são legitimadas nesse novo contexto:

No cenário do pós-positivismo, antes comentado, o princípio da legalidade deve ser visto sob um prisma diferenciado que abranja a totalidade do ordenamento, notadamente dos princípios e valores constitucionais. Ao lado da exigência da lei em sentido formal para a disciplina de determinadas matérias e para a habilitação à prática de determinados atos pela Administração, devem coexistir outras formas de manifestação da legalidade.<sup>294</sup>

E de que modo poderão existir outras formas de manifestação de legitimidade do Poder Público senão aquelas fundadas em lei em sentido formal?

A observância ao princípio da legalidade, pela Administração, como mencionado, mais propriamente se caracteriza pela observância à juridicidade e à supremacia da Constituição. Muitos atos normativos podem ser expedidos extraindo sua competência diretamente do texto da Lei Maior.

Isto quer dizer que a força normativa da Constituição autoriza a Administração a efetuar a aplicação direta dos princípios<sup>295</sup>, exercendo competência normativa própria a respeito.

Essa função normativa da Administração será influenciada notadamente por certos princípios-chave, tais como, o princípio da isonomia, o princípio da segurança jurídica e o princípio da publicidade administrativa.

Segundo o princípio da isonomia, a Administração, além dos aspectos de generalidade e abstração característicos das normas, o Poder Público deve observar a igualdade no conteúdo dos atos normativos, buscando a isonomia material e se valendo para tanto de ações afirmativas, fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

A isonomia transparece na criação do ato normativo e na igualdade da

---

<sup>294</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 90.

<sup>295</sup> A doutrina tem destacado três eficácias associadas aos princípios: a) eficácia positiva, que é a mesma das regras quando conferem direitos subjetivos para se obter a tutela específica de uma situação; b) eficácia interpretativa, pela qual os princípios orientam a interpretação das regras em geral para que se encontre o efeito que melhor se aproxime do princípio adequado; c) eficácia negativa, segundo a qual fica autorizada a declaração de invalidade de normas e atos que se oponham aos propósitos dos princípios.

aplicação do ordenamento jurídico.

Na criação dos atos normativos, ela é fundamental quando se discorre sobre a negociação coletiva no setor público, eis que abrange tanto o procedimento de formação do ato normativo como seu conteúdo.

No procedimento de formação do ato normativo, sempre que possível deverá ser pautado pela “equânime possibilidade de participação no procedimento, de forma que todos os eventuais interessados ou atingidos pela norma tenham a mesma possibilidade de levar suas razões ao conhecimento da Administração”<sup>296</sup>. Deverá ser assegurado idêntico tratamento aos cidadãos envolvidos em processos administrativos. Quanto ao conteúdo, a Administração deverá efetuar sopesamentos necessários com o fito de não permitir desigualações desnecessárias.

Quanto à aplicação do ordenamento jurídico, a Administração não pode se descurar, quando da concretização de seus atos, de transparecer a isonomia presente no ordenamento jurídico.

A atividade normativa da Administração é influenciada, também, pelo princípio da segurança jurídica, que ganhou foros de constitucionalidade especialmente pela crise do princípio da legalidade em sua acepção original e pelo fenômeno da inflação legislativa.

A segurança jurídica, hoje, está ligada à garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. Permite tornar previsível a atuação estatal, dando estabilidade à ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal.

Com base no princípio da segurança jurídica, a função normativa da Administração deve evitar a excessiva burocratização estatal, bem como deve criar critérios e orientações para a aplicação do ordenamento mediante procedimentos públicos e motivados. Os atos normativos devem conter pretensões de estabilidade e permanência, atendendo à necessidade de previsibilidade, e suas alterações devem ser levadas a conhecimento com razoável antecedência.

---

<sup>296</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 101.

Relativamente à negociação coletiva no setor público, a segurança jurídica se traduz exatamente na criação de canais democráticos para o diálogo com o servidor e o administrado, com regras claras e estáveis, com tendência à permanência e previsibilidade, isto é, canais institucionalizados de diálogo e não procedimentos momentâneos ao sabor de ocasiões e pressões específicas.

O princípio da publicidade, também descrito como princípio da transparência administrativa, que engloba a necessidade de publicidade, ou seja, dar conhecimento dos atos praticados, a necessidade de motivação, como exposição dos pressupostos de fato e da finalidade perseguida, e a necessidade de participação na gestão administrativa, exercendo controle sobre a correção das práticas e decisões. Resguardam-se, assim, o direito à informação, o princípio da ampla defesa, o direito de exigir do Estado ações positivas e o controle da atividade administrativa.

Em relação à negociação coletiva, o princípio da publicidade favorece o desenvolvimento desta, permitindo razoável e adequado exercício de discricionariedade, possibilitando a participação democrática tanto do servidor público quanto dos administrados na gestão da atividade pública.

O contexto específico do princípio da legalidade, hodiernamente, autoriza a enxergar a lei ainda com papel de destaque entre as fontes de direito, mas em convivência com outros atos normativos que podem ser praticados com fundamentação direta no texto constitucional.

O princípio da legalidade formou-se, tradicionalmente, com duas vertentes: os princípios (ou subprincípios) de preferência da lei e da reserva legal. O exame de cada uma dessas vertentes indica que há certos espaços para que a Administração disponha sobre seus interesses.

Pela preferência da lei deve-se observar e aplicar o prescrito em leis originárias do Poder Legislativo, vedadas condutas contrárias a elas. No entanto, no Direito brasileiro há notórias exceções à primazia da lei, como no caso de outros



atos normativos primários na Constituição, como as Medidas Provisórias (artigo 62 da CF), leis delegadas pelo Congresso ao Executivo (artigo 68/CF) e a figura do Decreto Autônomo, fixada no artigo 84, VI, “a” e “b” (“art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: ... VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”).

Como assevera Diógenes Gasparini não há incompatibilidade entre os decretos autônomos e o princípio da legalidade:

O princípio da legalidade atua sobre todo o sistema, mas é por esse mesmo sistema excepcionado, sem que nenhuma contradição se possa alegar. Não é ilimitado nos seus efeitos. O seu perfil é traçado pela própria Constituição, eis que o direito cria suas próprias realidades. Nada impede que um sistema seja legalitário e que ao mesmo tempo retire da lei certas matérias para submetê-las a outros regimes. Cabe ao exegeta extrair do sistema a melhor interpretação e não a mais simples e cômoda. Cabe equacionar o problema, para a obtenção de uma solução que tem por objetivo o todo, e não a parte.<sup>297</sup>

Sobre essas matérias sujeitas a decreto autônomo é possível o exercício da negociação coletiva no setor público, seja pela modalidade vinculante, com criação de efeitos jurídicos imediatos, como modo de se compartilhar a decisão de questões interessantes à coletividade dos trabalhadores, seja pela modalidade consultiva, notadamente naqueles assuntos em que a organização da Administração acaba por sofrer interferência do Poder Legislativo, como nas situações do artigo 48, X e XI<sup>298</sup> da Carta Maior.

Há, ainda, o caminho de a Administração, mesmo na hipótese do decreto chamado “regulamentador”, do artigo 84, IV, da Carta Política (“art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: ... IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução...”) exercer atividade normativa e aí, para melhor garantia de

<sup>297</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., 167.

<sup>298</sup> Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: ... IX – organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal; X – criação, transformação e extinção de cargos, e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b...

controlabilidade social, democratização de relações, e práticas de cogestão, poderá institucionalizar, na medida do possível, a negociação coletiva como procedimento de eficácia.

A fundamentação da aplicação da função normativa pela Administração Pública, mesmo nos casos do artigo 84, IV, é a de que é impossível se governar uma sociedade como a atual, com relações complexas e sutis, sem que se atribua ao Executivo função decisória, pois à lei torna-se dificultoso disciplinar detalhadamente qualquer matéria.

Embora a doutrina tenha atribuído, tradicionalmente, um caráter acessório ao decreto e ao regulamento, de modo que ocorresse subordinação à lei, essa afirmação não pode ser admitida de modo absoluto. Na hipótese do decreto regulamentar, prevalece a primazia à lei, porém isso não implica que aquele instrumento apenas repita a lei, tornando-se inútil. O que deve ocorrer é uma relação de compatibilidade, segundo a qual não se impede a atividade normativa, inclusive, a que ocorrer como fruto da negociação coletiva.

Quanto ao subprincípio da reserva legal, compreende-se neste a reserva exclusiva de determinado assunto à via normativa da lei. A reserva legal pode ser absoluta ou relativa. É absoluta quando não se permite a regulação dos elementos essenciais por outro ato normativo à exceção da lei. É o que comumente ocorre em matéria penal (artigo 5º, XXXIX) e matéria tributária (artigo 150, I). É relativa quando é permitida a disciplina por outros meios, desde que haja lei que indique bases em que a regulação deva produzir-se validamente. Na reserva legal absoluta, não há discricionariedade, na relativa a lei confere certa margem de liberdade na apreciação do caso concreto.

Como ressaltado, atualmente não se concebe uma vinculação da Administração pura, simples e formal à lei, porém ao ordenamento jurídico, com relevância para a normatividade constitucional. Desta maneira, fala-se em princípio da juridicidade.

Segundo Fabrício Motta,

A compreensão do significado das dimensões tradicionais do princípio da legalidade (compostas pelos subprincípios da reserva de lei e preferência da lei), contudo, não esgota a questão da submissão da Administração às leis. Com efeito, deve-se buscar um significado para o princípio que, ao mesmo tempo: a) considere a normatividade dos demais princípios constitucionais, notadamente os aplicáveis à Administração; b) importe em uma vinculação mais estrita que a imposta aos particulares, por força do art. 5º, inciso II, da Constituição; c) leve em consideração a força normativa da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais, e a estrutura escalonada do ordenamento jurídico; d) não importe em vinculação estrita a ponto de ser, na prática, irrealizável.<sup>299</sup>

E mais, adiante, elabora algumas conclusões:

- a) a atuação da Administração não pode ser inteiramente livre, mas vinculada pela totalidade do ordenamento jurídico;
- b) a Administração está vinculada diretamente à Constituição — essa situação impõe o reconhecimento da possibilidade direta da atuação, sem intermediação legislativa, quando não exigida pela própria Constituição;
- c) não é suficiente a existência de uma simples norma de atribuição de competência ou autorização — o conteúdo material do princípio da legalidade exige atuação consentânea com os demais princípios componentes do ordenamento;
- d) o princípio da legalidade não se esgota na reserva legal, sendo esta apenas uma de suas dimensões.<sup>300</sup>

Além do mais, não somente nas exceções explícitas ao princípio da primazia da lei ou em casos de reserva relativa poderá a Administração atuar, optando pela via do consenso, ainda em casos de situações lacunosas, ou seja, mesmo que não haja lei a se regulamentar, o Poder Público detém o poder-dever de agir para a promoção de direitos fundamentais e para a melhoria das condições sociais. Como visto, a reserva legal é somente uma das dimensões do princípio da legalidade.

Isto é, mesmo por atos normativos diversos, inferiores à lei, poderá a Administração dispor, em níveis variados e com atenção aos requisitos da abstração e generalidade, para atendimento de necessidades diferentes e não precisará, obrigatoriamente, depender de um poder central que intervenha para normatizar e solucionar conflitos. Obviamente, que quando existir uma lei, ainda que posteriormente editada, regulando o assunto e indicando a solução previamente ponderada a respeito de um determinado interesse público, e desde que esta lei

<sup>299</sup> MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública**, cit., p. 128.

<sup>300</sup> Idem, ibidem, p. 132-133.

possua sustentação na normatividade constitucional, os atos normativos administrativos sofrerão essa limitação.

Nesta atuação em variados níveis, quando inexistir atribuição específica, poderá a Administração valer-se da teoria dos poderes implícitos, pela qual recebe outorga para agir com os meios adequados sempre que seja necessário concretizar efeitos de princípios constitucionais. A competência para agir, desta feita, tem natureza instrumental.

Ora, raciocinando-se em termos de negociação coletiva do trabalho sempre que necessário concretizar interesses sociais resguardados pela Lei Maior ou solucionar conflitos coletivos, não poderá a Administração deixar de lado a negociação, pois o próprio sistema constitucional privilegiou o recurso a instrumentos de Direito Coletivo aos servidores públicos, tais como a greve, a sindicalização e a possibilidade de instrumentos coletivos na situação do artigo 7º, XIII. Além disso, o Poder Público tem uma capacidade normativa que lhe é própria e o autoriza a negociar.

Outra ideia importante a ressaltar, que vai na linha da relativização do princípio da legalidade, é que o ato administrativo deixou de ser o foco do Direito Administrativo para ceder espaço à relação administrativa como instância de participação democrática:

Por volta de 1960, alguns administrativistas demonstraram preocupação com o processo pelo qual as decisões são tomadas, por entenderem que a democracia depende do processo de tomada e execução das decisões. Percebeu-se a necessidade de incrementar a democracia por meio do exercício democrático de poder, que vai além da mera escolha dos que devem exercê-lo por meio de eleições. A crise das formas clássicas de representação levou, paulatinamente, à busca de novas formas de participação com o crescimento de instituições participativas intermediárias e o aumento da utilização de formas de participação direta. A atenção voltada para a democracia de funcionamento em detrimento da mera democracia de investidura teve reflexos nas clássicas formulações do Direito Administrativo. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que, a partir de 1960, o problema da legitimidade passou a ser muito discutido na Ciência Política e no Direito Político, mas já como o tema mais amplo da participação e não mais apenas circunscrito à representação política característica do período liberal. O autor anota que, no fim do século XX, fortaleceu-se uma tendência voltada a dar o *status* ao cidadão, na posição de administrado, que este conquistara nas posições de eleitor e jurisdicionado. Esta tendência teria sido favorecida significativamente pelo

advento do que se chama de *sociedade participativa* e pela afirmação do constitucionalismo.

Neste ponto, impende notar que, no Estado Social, evoluiu-se no sentido de reconhecer direitos subjetivos dos particulares em face do Estado, concebendo-os como verdadeiros sujeitos de direito também nas relações administrativas e não só nas relações privadas. A aceitação dos direitos subjetivos públicos contribuiu para fortalecer a ideia de democratização do exercício do poder, visto que os particulares passaram a ter reconhecido o direito de participar dos processos administrativos, incrementando-se os direitos de participação ao lado dos clássicos direitos de liberdade. Os particulares deixaram de exigir apenas abstrações do Poder Público e passaram a exigir prestações.

Apesar de estas mudanças serem paulatinas e de não se poder afirmar que a Administração abandonou totalmente o modelo autoritário do Estado Liberal, é preciso reconhecer que, no Estado Social, em que cresceu a interferência estatal em várias esferas da vida social e econômica e iniciou-se a busca por novas formas de inserção dos particulares na atuação e nas decisões do Poder Público, cresceram, também, em importância, as formas consensuais de atuação em detrimento dos esquemas unilaterais agressivos do período liberal.<sup>301</sup>

Nesse sentido, passa-se a falar em direito fundamental à organização e ao procedimento, com aproximação do cidadão e a necessidade de tornar conhecidos os meios de atuação estatal e possibilitar a participação social.

Paulo Bonavides, por exemplo, enxerga no direito à democracia um direito de quarta geração, junto com os direitos à informação e ao pluralismo:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da ideia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.

Assim, só pode a Administração obedecer à juridicidade ou à legalidade em sentido mais amplo se também os direitos à participação, ao controle social e ao pluralismo estiverem resguardados.

---

<sup>301</sup> NETTO, Luísa Cristina e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 58-60.

Concluindo em relação ao princípio da legalidade, não existe mais, frente ao escopo da atuação jurídica otimizadora de efeitos constitucionais, como aduzir que a observância àquele seja óbice real à prática da negociação coletiva com os servidores públicos,

Como visto, o princípio hoje ganha foros de amplitude, de modo que os direitos fundamentais, os princípios constitucionais, dentre eles os da isonomia, da publicidade, da segurança jurídica e os da democracia e pluralismo, e a normatividade jurídica, com destaque para o sistema constitucional, influenciam e contingenciam as práticas administrativas. Ademais, a primazia da lei e a reserva legal relativa abrem espaço para a atuação supletiva e subsidiária do Poder Público, para dispor de seus interesses com o fito de atingir o real interesse público, pela preferível via da consensualidade, sempre que seja possível, o que no mais das vezes quer dizer sempre que não haja legal ou constitucional impedimento.

### **11.9 Fundamentação constitucional do direito à negociação coletiva no serviço público**

Como antes fixado, em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 492-1, sobre as alíneas “d” e “e” do artigo 240 da lei 8.112/90, é necessário, além de vencer argumentos como os da supremacia do interesse público e o da estrita observância da legalidade pela Administração, saber se existe fundamentação constitucional para o direito à negociação coletiva pelos servidores públicos e qual é a sua correta fundamentação no sistema constitucional.

Um primeiro desdobramento que se impõe no assentamento constitucional do pretense direito à negociação coletiva é saber se houve uma lacuna no artigo 39, § 3º, da Constituição da República, quando ao remeter-se ao artigo 7º deixou de fazê-lo em relação ao inciso XXVI, que trata do reconhecimento dos acordos ou convenções coletivas. Do mesmo modo, no artigo 37, apesar de terem sido incluídos os direitos à sindicalização e à greve, nos termos da lei ordinária, deixou-se de mencionar a negociação coletiva.

Luciana Bullamah Stoll, ao discorrer sobre o tema, chegou à conclusão de que ocorre, efetivamente, uma lacuna normativa:

Concluimos que, no caso da omissão do parágrafo terceiro do art. 39 da Constituição Federal em relação ao direito à negociação coletiva previsto no inciso XXVI do art. 7º, estamos diante de uma lacuna normativa, conceituada por Maria Helena Diniz como a que diz respeito à ausência de norma sobre determinado caso.<sup>302</sup>

A partir daí, a autora invoca os métodos de colmatação de lacuna previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 126 do Código de Processo Civil, bem como no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para selecionar a analogia “juris”, a equidade em sentidos lato e estrito, os princípios gerais do direito, notadamente os princípios constitucionais gerais da dignidade da pessoa humana e o da não discriminação, além do princípio tutelar do Direito do Trabalho, como modos de se integrar a omissão constitucional. A autora complementa, ainda, com os usos e costumes em relação ao que se vê com as práticas de fomento à negociação no governo Lula e outras esparsas, e também com as experiências do Direito estrangeiro.

A par de ter optado descrever a ausência aparente como um fenômeno de analogia, a exigir os métodos jurídicos de integração, também descreveu o uso dos métodos interpretativos, de modo combinado, em especial as interpretações lógico-sistemática, teleológica e histórica evolutiva para concluir sobre a possibilidade da extensão da negociação coletiva ao agente público.

As soluções apresentadas são relevantes, sobretudo por chamarem a atenção de que a situação do servidor público não difere muito da do trabalhador da iniciativa privada. Como antes assentado, na visão personalista da Constituição, a pessoa nunca é concebida como meio, mas como finalidade da ordem jurídica, pois seu valor intrínseco, consistente na sua dignidade, não pode ser desconsiderado. O empecilho ao instrumento da negociação coletiva ao agente público muito mais revela uma visão autoritária e unilateral da relação servidor e Estado e uma distorção e amesquinamento do princípio da legalidade.

---

<sup>302</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**, cit., p. 151.

No entanto, a perspectiva de situar o texto constitucional como dotado de lacunas normativas é menos comum entre os doutrinadores:

Frise-se, mais uma vez, que a lacuna é aquele vazio normativo que não satisfaz o aplicador do Direito. Esse mesmo vazio é antecedido dos mesmos pressupostos que ditaram a promulgação de norma para uma outra hipótese, de tal sorte que se sente a necessidade de estender até o caso não alcançado a mesma solução dada pela norma para o caso regulamentado, uma vez que os motivos são os mesmos, e estão presentes em ambos os casos.

Mas o significado de uma omissão é diferente quando verificada na Constituição, daquela existente na lei, eis que a Constituição permite sempre a hipótese, que de resto é o que no mais das vezes ocorre, de o constituinte não ter disciplinado certa matéria por não querer fazê-lo, isto é, por pretender relegá-la ao nível da lei complementar ou ordinária, com propósito deliberado de oferecê-la ao prudente critério do legislador infraconstitucional. Já com a lei não ocorre o mesmo.

A lei não pode relegar matéria que lhe caiba para o nível regulamentar. Aqui estaria havendo uma delegação inconstitucional. Daí porque não haver outra forma de preencher a lacuna senão fazendo uma integração analógica. Note-se: integração e não interpretação. Esta, no máximo, servirá para demonstrar as razões que nortearam o legislador ao editar a lei que se tem como parâmetro e verificar que, para determinado caso concreto, não há regulamentação legal no ordenamento jurídico. Esse o papel do aplicador enquanto tal, em face de lacunas.

Pretende-se dizer com isso que se pode falar em lacuna na lei (infraconstitucional) porque é a Constituição que institui o princípio da reserva legal, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei.

Quando, contudo, é a Constituição Federal que não trata de determinado assunto, não se poderá falar propriamente em "lacuna", já que não há o que se chamaria de princípio da reserva constitucional. A hipótese aparentemente omitida pela Constituição poderia ter estado ao alcance do constituinte, que por aí evitou trazer minúcias ou particularidades à Constituição. Quando teve em mira o constituinte limitar-se a determinado caso, não se tratará de lacuna e sim de caso de competência relegada à lei ordinária para abordar o assunto.

Na lei pode-se mais facilmente atingir a noção de lacuna, pois atingiria todos aqueles clarões surgidos na regulamentação legal. Como já foi dito, apresentado um caso concreto que não encontre disciplina jurídica, estar-se-á diante de uma lacuna legal, para o que o sistema jurídico oferece soluções que se podem denominar, de certa forma, de excepcionais.<sup>303</sup>

Não se nega que há autores, a exemplo de Maria Helena Diniz, que enquadram a hipótese tratada, de relegar uma hipótese para a lei complementar ou ordinária, como lacuna técnica, espécie da lacuna normativa, porém a aparente não regulação da negociação coletiva do servidor não se refere, ao que parece, a uma falha do sistema constitucional eis que não corresponde a um vazio da ordem constitucional.

<sup>303</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 112-114.



Nem parecem ocorrer, outrossim, as lacunas ontológica e axiológica sustentadas pela autora paulistana quando, respectivamente, houver um desajustamento entre os fatos e as normas, pois a realidade define a situação de um certo modo e a norma de outro, ou quando existir um hiato entre a norma e o valor positivado<sup>304</sup>.

Ora, a Constituição é uma nova ordem jurídica instaurada e é caracterizada justamente por ter um grau de abstração maior do que as leis ou outros atos normativos infraconstitucionais. Dentro do próprio sistema constitucional suas normas são divididas em normas-regra e normas-princípios, sendo estas de maior grau de abstração e abrangência apesar de terem menor grau de concretude.

Vale dizer que são os princípios que estruturam a Constituição e dão a ela um caráter dinâmico e aberto, pois apesar de grandes em abstração têm alta eficácia valorativa. São os princípios que concedem à Constituição uma relação lógica e coesa entre suas normas, conferindo unidade. Aliás, um dos postulados de interpretação constitucional é o da unidade, pelo qual se deve evitar contradição entre suas normas, efetuando-se uma consideração sistêmica do texto.

Do mesmo modo, no texto constitucional sempre se busca a harmonização o que “impõe que a um princípio ou regra constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe deve atribuir um significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras”<sup>305</sup>.

No entanto, essa ideia de coesão e unidade do texto constitucional, pela qual todas as normas nele contidas têm um grau de importância maior ou menor, se princípios ou regras, não implica admitir que, em face dessa unidade, todos os princípios estejam expressos na Constituição formal.

A possibilidade de direitos e princípios não expressos no texto constitucional,

---

<sup>304</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. à luz da Lei n. 10.406/02 – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 444.

<sup>305</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, cit., p. 178.

mas com este compatibilizados, encontra-se no próprio artigo 5º, § 2º da Carta Política: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Para o intento de se conferir unidade e coesão ao corpo constitucional são de elevada importância os princípios como reflexos dos valores incorporados pela ordem jurídica e dentre todos os princípios insculpidos o que maior irradiação possui, a ponto de ser catalogado como um superprincípio, é o da dignidade da pessoa humana:

Compartilhando da concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Esses princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional. Como atenta Habermas, os princípios morais, de origem jus-racional, são, hoje, parte integrante do direito positivo. Por essa razão, a interpretação constitucional assume uma forma cada vez mais jus-filosófica.

À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.<sup>306</sup>

Há, assim, uma força expansiva nos princípios, notadamente no da dignidade da pessoa humana, e nos direitos fundamentais, que orientam a interpretação do fenômeno constitucional. Não fosse isso, a regra constitucional do artigo 5º, § 2º caracteriza-se como uma cláusula constitucional aberta, que permite integrarem-se ao bloco de constitucionalidade material outros princípios e direitos afinados com os valores por ele albergados, ainda que decorrentes de normas ou tratados internacionais. Ou seja, não há necessidade de o direito pertencer formalmente à Constituição, podendo sê-lo em nível de fundamentalidade material.

A ideia de lacuna pertence à concepção de um sistema aberto, sem o dogma

---

<sup>306</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 32-33.

de completude. O sistema constitucional, sem dúvida, é um sistema aberto, pois se abre para sofrer os influxos sociais, permitindo a mutação. Porém, mesmo assim permanece um todo coeso e revela um espírito constitucional, que permite interpretar o texto sem que haja vazios significativos, reduzindo a necessidade do uso da analogia.

Nos dizeres de Paulo Bonavides,

A ideia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. Ora, a Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível. Vinculada ao conceito de sistema, cada Constituição adquire, por conseguinte, um certo perfil ou caráter individual, traço peculiar que o intérprete não deve menosprezar, do contrário jamais logrará penetrar o verdadeiro “espírito da Constituição”, cujo reconhecimento é indispensável para que ele possa inferir o sentido essencial das normas fundamentais.<sup>307</sup>

A solução mais adequada parece ser a de atentar para os princípios e direitos fundamentais, com sua força irradiante, como modo de superar a aparente ausência do legislador constitucional no referir-se ao direito à negociação pelo servidor:

Na visão do positivismo legalista, o Direito era concebido como um sistema puro e fechado de regras, cabendo aos princípios o papel secundário de auxiliar a colmatação de lacunas e de orientar a atividade interpretativa. Não se admitia, nesse modelo, que o processo hermenêutico pudesse operar com valores ou com a densificação de normas extremamente abertas, já que esta atividade poderia comprometer a segurança e a objetividade necessárias à aplicação da lei. Assim, era rejeitada a tese de que os princípios eram aptos a vincular comportamentos, recusando-se a noção de que estes ostentavam natureza normativa. Também no âmbito do positivismo normativista os princípios não poderiam assumir uma função jurídica relevante, pois que, nessa vertente dogmática, a esfera de indeterminação do Direito é vista como uma autorização legal para o juiz decidir volitivamente, de modo que as normas dotadas de alto grau de abertura não seriam capazes de vincular eficazmente a atividade interpretativa.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 130.

<sup>308</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92-93.

Considerada a força dos princípios como eficácia interpretativa e garantidora de unidade no texto constitucional, verifica-se, a teor do artigo 5º, § 2º, que o rol dos direitos fundamentais não se esgota nos incisos do artigo 5º, mas se dissemina pela Constituição formal e se espraia pelo que se costuma denominar Constituição material.

Isso considerado, sabe-se que os direitos fundamentais são situações jurídicas objetivas e subjetivas em prol da dignidade, liberdade e igualdade da pessoa humana distinguindo-se em direitos civis e políticos, denominados de primeira geração ou dimensão, em direitos sociais, econômicos e culturais, de segunda geração ou dimensão e os direitos difusos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, o direito de comunicação e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade como direitos de terceira dimensão.

Os direitos da chamada segunda geração, ou de segunda dimensão para quem critique a primeira expressão por entendê-la incapaz de apreender a intercomunicação que ocorre entre os direitos, têm sua maior expressão nos direitos sociais dos trabalhadores, fruto da organização desses em sindicatos e na sua solidarização de modo que pudesse enfrentar a questão social. Com o passar do tempo, as reivindicações da massa operária, no início duramente reprimidas, passaram a ser toleradas para, na sequência, serem garantidas e protegidas pela ordem jurídica.

Os direitos de segunda dimensão caracterizam-se como consequência do Estado prestacional, isto é, consolidam-se no momento em que o Estado deixa sua postura de abstenção, negativista, e passa a atuar na comunidade, ou seja, no instante em que se afrouxam os laços que o separam da sociedade.

Entre tais direitos, incluem-se os direitos à greve, como um direito-garantia, de natureza instrumental, ligado à livre manifestação e ao direito de liberdade e o direito à sindicalização, posto que a organização dos trabalhadores se dava em torno de agremiações profissionais ou sindicatos. Tanto um quanto outro visam manifestar a resistência do trabalhador quanto aos excessos do capital, ou seja, figuram como uma válvula de escape necessária contra a restrição parcial da

liberdade na relação individual de emprego. Se a resistência individual é vista, não raro, como insubordinação, no âmbito coletivo passa a ser amparada a fim de que ocorra um equilíbrio de forças. Ou seja, os direitos sociais dos trabalhadores, e assim não poderia deixar de ocorrer em relação à greve e à sindicalização, possuem o escopo justamente de atuar em prol da liberdade, da dignidade e da igualdade.

Na tessitura constitucional, os direitos à greve e à sindicalização, foram amparados, respectivamente, nos artigos 9º e 8º.

O direito à negociação coletiva atua em conjunto e de modo inseparável aos outros dois: só há greve se o diálogo, a negociação, não foi cabível e só há negociação se existente uma organização entre os trabalhadores.

Como antes ressaltado, a negociação coletiva, na acepção de Oscar Ermida Uriarte, é o tripé do Direito Sindical e o Direito Coletivo do Trabalho, para Mário de La Cueva, tem uma forma nítida triangular:

o direito coletivo do trabalho tem uma estrutura triangular, na qual elementos essenciais são o sindicato, a negociação coletiva e a greve. A inexistência ou imperfeição de qualquer destes três pilares determina o mau funcionamento do direito coletivo do trabalho e, conseqüentemente, o cumprimento insuficiente ou o descumprimento da função de autotutela.

... A visão triangular do Direito Coletivo do Trabalho proposta por Mário de la Cueva elucida bem a importância do direito à negociação coletiva: "a doutrina poderia ser representada graficamente como um triângulo equilátero, cujos ângulos, todos idênticos em graduação, seriam o sindicato, a negociação e a contratação coletiva e a greve, de tal maneira que nenhuma das três figuras da trilogia poderia faltar porque desapareceria o triângulo. Donde resulta falsa e enganosa a afirmação de que a associação profissional é possível na ausência do direito à negociação e contratação coletivas ou da greve, pois se o Direito do Trabalho assegura a vida dos sindicatos é para que lutem pela realização de seus fins."<sup>309</sup>

Não obstante, embora sua natureza seja relacionada aos direitos coletivos da greve e da sindicalização, não se vislumbra no corpo constitucional um dispositivo específico que faça menção expressa à negociação coletiva, mesmo ao padrão geral dos trabalhadores. O artigo 7º, inciso XXVI, no qual a doutrina e a

<sup>309</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004, p. 125-126.

jurisprudência, sem dificuldades, fundamentam o direito à negociação coletiva, faz referência aos instrumentos resultantes da negociação coletiva, a convenção e o acordo coletivo, porém é cediço e como aliás advoga José Cláudio Brito Monteiro Filho, antes citado, nem sempre a negociação resulta em instrumento coletivo e nem por isso deixa-se de legitimar como procedimento.

Até mesmo o artigo 8º, VI, que preceitua a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas, não chega a sugerir que a negociação coletiva seja direito fundamental ali resguardado.

Apesar disso, ninguém chegaria a cogitar que a negociação coletiva do trabalhador do setor privado não fosse protegida como direito imanente ao trabalhador. É tão íntima sua ligação com os direitos de greve e de sindicalização que não haveria outro sentido a se atribuir ao reconhecimento dos acordos e convenções coletivas, no inciso XXVI do artigo 7º, que não o de legitimar em nível de Constituição formal o direito fundamental à negociação coletiva.

De outro lado, indaga-se: se inexistisse o inciso XXVI do artigo 7º deixaria a negociação coletiva de figurar como um direito inalienável e fundamental à dignidade do trabalhador? Parece que a resposta mais correta seria a negativa. O direito ressaltaria como princípio e garantia implícitos, para a instrumentalização de outros direitos sociais fundamentais e como escopo de melhoria da condição social do trabalhador.

A negociação coletiva, ainda que não pertencesse ao texto formal, comporia o bloco de materialidade constitucional, pelo qual a Constituição real se aproxima da Constituição formal.

Neste sentido, não poderiam ser ignoradas as normas de direito internacional incorporadas ao direito interno e que possuem grau de eficácia equivalente ao das normas constitucionais e apontam especificamente para a negociação coletiva como modo de solução de conflitos, a saber, as convenções 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho.

Deve-se levar em conta, como apregoa José Afonso da Silva,

também a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias individuais não enumerados, quando, no § 2º do art. 5º, declara que *os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. Daí, primeiramente, a divisão desses direitos individuais (...) em *direitos individuais expressos e direitos individuais decorrentes do regime*.

Preferimos, no entanto, fazer uma distinção em três grupos sob esse aspecto: 1º) *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; 2º) *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art.5º, II); 3º) *direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização *a priori*<sup>310</sup>.

Na lição de Flávia Piovesan, não há porque se referir a direitos implícitos nos tratados de direitos humanos, razão pela qual propõe uma nova classificação:

Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Logo, se os direitos implícitos apontam para um universo de direitos impreciso, vago, elástico e subjetivo, os expressos na Constituição e nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte compõem um universo claro e preciso. Quanto a estes últimos, basta examinar os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil para que se possa delimitar o universo dos direitos internacionais constitucionalmente protegidos.

A classificação de um e outro autores apontam, sem dúvida, para a insuficiência de se computarem como direitos fundamentais somente as garantias e

<sup>310</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Ed., p. 178.

liberdades individuais, em nosso diploma constitucional dispostos no artigo 5º, abrindo-se a outros direitos de mesma ordem, explicitados ou não no texto, e mesmo que venham a compor o quadro de direitos humanos e fundamentais.

Em modesto entendimento, pensa-se que abrir-se também para direitos implícitos na ordem internacional resulta em maior grau de proteção. Com a negociação coletiva observou-se, tão logo da edição da Convenção 87, que não houve expressa menção aos agentes públicos. Foi necessário o lançamento do verbete 893, do Comitê de Liberdade Sindical, além das Convenções 151 e Recomendação 159, para se garantir expressamente o direito.

Ora, a admissão de que também nos tratados de direitos humanos possam ocorrer direitos implícitos facilitaria sua exegese e incorporação sem depender-se da interpretação jurídica internacional.

Em relação à ordem jurídica internacional, variados diplomas cuidam da liberdade sindical, do direito de sindicalização, da liberdade de associação, da liberdade de organização, além da promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre exercício da personalidade, inclusive para estabelecimento de diretrizes de condições justas e favoráveis de trabalho e remuneração justa e satisfatória.

Nesse diapasão, em relação aos diplomas já ratificados pelo Brasil, devem ser citados: 1) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), nos seus artigos 20 e 23; 2) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1.966, no artigo 8º; 3) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no artigo XIV; 4) Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos artigos 16 e 26; 5) Declaração Sóciolaboral do Mercosul, artigos 8º, 9º e 10 (este expressamente aludindo ao direito de negociar e celebrar convenções e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais); 6) a Declaração sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho da OIT, de 1998, item 2, “a”.

Além disso, no âmbito da OIT, como documentos também ratificados pelo



Brasil, a Convenção 154 da OIT, que trata do fomento à negociação coletiva (o que, de todo modo, demonstra a valorização do direito para o organismo internacional e sua internacionalização, com vistas à incorporação nos ordenamentos nacionais) e a Convenção 98 (Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva). Quanto a esta, embora seu artigo 6 disponha não tratar da situação dos funcionários públicos esclarece que isso não quer dizer que deverá ser “interpretada, de modo algum, em prejuízo dos seus direitos ou de seus estatutos”, indicando que os países que adotem sistemas de negociação com seus servidores contam com o beneplácito da OIT.

Aliás, dentre as Convenções expedidas pela OIT e no aguardo de incorporação ao direito interno, encontra-se a Convenções 87, sobre liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização. A Convenção 151, foi recentemente incorporada ao direito interno (Decreto Legislativo 206/2010) e tem como assunto o direito de sindicalização e relações de trabalho na Administração Pública. No seu art. 8 estabelece que

a solução dos conflitos que se apresentem por motivo da determinação das condições de emprego tratará de conseguir, de maneira apropriada às condições nacionais, por meio da negociação entre as partes ou mediante procedimentos independentes e imparciais, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem, estabelecidos de modo que inspirem a confiança dos interessados.

Sem adentrar na discussão de quem entende que mesmo as convenções não ratificadas produzem efeito interno por força do artigo 8º da CLT<sup>311</sup>, eis que o regime dos servidores públicos não necessariamente será o da legislação consolidada e o direito à negociação coletiva, como direito coletivo, supera a distinção entre

---

<sup>311</sup> A propósito, cita-se o seguinte enunciado da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, que apregoa a utilização das normas da OIT não aprovadas, inclusive recomendações, como direito comparado para preenchimento de lacunas e como meio de interpretação: “3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS. I – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria. II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.”

servidores “estatutários” e “celetistas”, não se deixa de notar que, assim como ocorre com o sistema constitucional brasileiro, há um direito implícito à negociação coletiva assegurado no panorama internacional já nas normas de direitos humanos incorporadas ao direito interno e que têm a mesma hierarquia de norma constitucional<sup>312</sup>.

Adota-se, desta forma, o entendimento de que há, tanto na ordem internacional incorporada ao direito interno, como constitucionalidade material, quanto no sistema constitucional pátrio, o direito fundamental implícito à negociação coletiva. Se a doutrina e a jurisprudência nacionais não têm dificuldade de enxergar tal direito em relação ao padrão geral dos trabalhadores do artigo 7º, mediante a leitura do inciso XXVI, o qual expressamente se refere ao valor jurídico dos instrumentos coletivos, o que é consequência natural do pluralismo admitido como fundamento do Estado democrático de direito também não pode deixar de fazê-lo em relação ao servidor público, que tem assegurados os direitos à greve (esta mediante inovadora decisão do STF, no Mandado de Injunção 712, datada de 2.10.2007) e à sindicalização.

Como dito, o direito à negociação coletiva é natural decorrência dos direitos à sindicalização e à greve e o fato de inexistir expressa menção ao inciso XXVI não representa vedação ao exercício pelos agentes públicos.

Repete-se a ideia antes exposta de que ainda que não existisse no artigo 7º a menção ao reconhecimento dos acordos ou convenções coletivas não seria razoável crer que aos trabalhadores urbanos e rurais, considerados como gênero, fosse tolhido o recurso de expressar-se e dialogar com aquele que lhe toma a mão de obra e bem assim produzir documentos jurídicos válidos a respeito desse diálogo.

O servidor público tem no artigo 37, incisos VI e VII, asseguradas a

---

<sup>312</sup> Vale recordar, consoante Flávia Piovesan, sobre as quatro correntes a respeito da paridade dos tratados internacionais de direitos humanos e a ordem interna: “Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 71).

sindicalização e a greve, tal qual ocorre com a generalidade dos trabalhadores nos artigos 8º e 9º. Apenas a geografia diferenciada no corpo constitucional, que fez com que os direitos dos servidores não fossem acolhidos no Título II, mas no III, não autoriza a lhes retirar a eficácia e concretude que demanda qualquer direito fundamental.

Mais uma vez, chama-se a atenção para o fato de que os direitos fundamentais não se isolam em apenas algumas partes da Constituição mas se espraiam em materialidade e eficácia pelo texto formal e por outros documentos, inclusive tratados de direitos humanos, além de se apresentarem, também, de modo implícito.

Usando os exemplos de José Afonso da Silva, não é porque não há uma norma constitucionalmente expressa que garanta o direito à identidade pessoal ou o direito à vida que tais deixariam de ter amplitude no direito brasileiro, pois é claro que decorrem do “espírito da constituição”, como diz Paulo Bonavides. Seria contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana desproteger o indivíduo em valores tão caros como esses somente pela omissão do texto.

A linguagem constitucional, justamente por dizer respeito a princípios, que têm uma abrangência muito mais extensa do que acontece com as regras, conjugado ao fato da Constituição ser um sistema aberto a valores que devem se renovar com a sociedade, é uma linguagem de caráter aberto, em que os princípios funcionam como “cláusulas gerais”. As normas constitucionais não possuem, assim, um sentido fixo e nem esgotam e esmiúçam todas as possibilidades a que se referem.

Essas possibilidades, de seu turno, podem vir mediante princípios constitucionais implícitos:

As Constituições são tributárias de um conjunto de opções axiológicas. Não há Constituição neutra. Diante dos plúrimos valores que o mundo encerra, tem ela de encampar um ou mais deles. Não nos será possível, contudo, visualizar essa realidade através de uma “lupa jurídica” que nos demonstrasse perfeitamente como esses valores entram na Constituição. Nem tampouco poder-se-á sustentar que se trata de um “subproduto

inconsciente” de quem elaborou a Constituição. Isso porque, embora estejam os valores, na maior parte dos casos, consignados expressamente nas normas constitucionais, muitos outros haverá que, não obstante a falta de declaração explícita, se revelem e se impõem a partir de um amplo conjunto de normas que os dão por pressupostos. Não se tratará, por isso, necessariamente, de um princípio geral de Direito, já que se pode revelar, dessa forma, um princípio constitucional implícito.<sup>313</sup>

Não fosse a negociação coletiva para o servidor público um direito fundamental implícito decorrente das garantias ao exercício da greve e da sindicalização, em simetria ao que ocorre com o trabalhador da iniciativa privada, a força do mesmo direito seria decorrente de outros direitos e princípios assegurados pela Lei Maior, notadamente por aqueles que constituem fundamento do Estado Democrático de Direito, como os da cidadania, o da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Constituir fundamento do Estado implica que a dignidade da pessoa nunca irá servir de instrumento para a atuação estatal, mas será objetivo do Estado, isto é, fará parte dos fins a que se destina o Estado e se qualificará, por consequência, como parte do interesse público.

Inibir a capacidade de negociação ao servidor público, além de atentar contra a sua liberdade de expressão e contra a utilização de seu direito de resistência, ofende sua dignidade na medida em que o confunde com o Estado, na sua relação funcional, e deixa de privilegiar o núcleo mínimo de sua personalidade.

Como demonstrado, em diversos dispositivos, a Lei Maior assegurou o pluralismo e o direito à participação.

Quanto ao direito à participação, é derivação do Estado Democrático de Direito por nós adotado:

No caso específico do Estado brasileiro, é preciso ter em mente que não é este apenas Estado de Direito, mas Estado Democrático de Direito, o que exige qualificar o Estado de Direito, como dito, por meio da democracia, isto é, urge que o poder, regulado juridicamente, seja exercido com a participação dos seus destinatários. A afirmação do elemento democrático não é mera posição doutrinária, é escolha política fundamental plasmada,

---

<sup>313</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. ver e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 207.

explícita e implicitamente, na Constituição da República de 1988 em diversos de seus dispositivos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, analisando o texto constitucional, observou que foi feita uma nítida escolha no sentido da democracia participativa, criando-se inúmeros instrumentos de participação democrática para os particulares no que tange às atividades estatais.

Pode ser apontada como categoria central do Estado Democrático de Direito a cidadania, que traz em si a reafirmação dos direitos e garantias fundamentais, agregando a estes a possibilidade de participação dos particulares nas decisões estatais, no exercício do poder estatal.<sup>314</sup>

A Constituição adotou um ideal de democracia não apenas representativa, mas participativa, fundada na ideia da soberania popular e na colaboração na formação da vontade coletiva, até mesmo porque é reconhecido que hoje há uma crise da democracia representativa na acepção clássica.

Demonstram a tendência da Constituição a um princípio participativo: o plebiscito (artigo 14, I); o referendo (artigo 14, II); a iniciativa popular (artigo 14, III); a ação popular (art. 5º, LXXIII) e o apreço pela autonomia normativa dos grupos sociais e os canais de solução pacífica dos conflitos.

Há um fortalecimento da democracia pela participação dos corpos intermediários nos processos decisórios da vida social<sup>315</sup>.

A opção pela democracia foi natural evolução do Estado Social e a recusa em negociar pela manutenção de uma visão unilateralista e autoritária acaba por criar disfuncionalidades e o risco da chamada “Administração Paralela”, como bem alerta Florivaldo Dutra de Araújo:

Embora o pensamento jurídico tradicional negue a sustentação jurídico-positiva da solução negociada de conflitos no âmbito da função pública, negociações *informais*, *procedimentos não previstos legalmente* têm sido quotidianamente utilizados pela Administração Pública brasileira para alcançar acordos com as entidades representativas dos servidores públicos, inclusive pondo fim a movimentos grevistas. Algumas destas negociações informais levam mesmo à assinatura de acordos escritos tidos como “*compromissos políticos*” sem força de lei, que servem de base à confecção de futuros projetos de textos legais, a serem submetidos à apreciação do Parlamento. Se o Executivo não cumpre o compromisso de enviar o

<sup>314</sup> NETTO, Luísa Cristina e. **A contratualização da função pública**, cit., p. 126-127. Relevante mencionar a citação que a autora fez quanto a Diogo de Figueiredo Moreira Neto ter contabilizado “mais de meia centena de dispositivos matriciais do Direito de Participação” na Constituição, de acordo com sua obra “Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial, fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade”.

<sup>315</sup> Pede-se vênha para remeter o leitor ao discorrido no item 9.3.

conteúdo do acordo ao Legislativo, ou se o envia com alterações, amplia-se o conflito existente, que se torna também mais agudo em função do descrédito do Governo, com negativas consequências para os padrões éticos de conduta social, particularmente na relação Estado-sociedade.

Em tal quadro, a força que detém o Estado em negar-se a negociar com as organizações de servidores públicos será maior ou em menor em função das circunstâncias políticas, econômicas e sociais. É pouquíssimo provável, no entanto, que esta recusa tenha como se impor por longo tempo ou para todos os setores da função pública. Premidos pelas más condições econômicas, apoiados na queda de prestígio do Governo junto à opinião pública, impulsionados por conquistas do setor privado, ou mesmo aproveitando-se de circunstâncias meramente eleitorais, cedo ou tarde logram os servidores obter alguma concessão do Estado.

A realidade demonstra, então, a disfuncionalidade do modelo jurídico pensado a partir de um dever ser que não mais se coaduna com a sociedade e o Estado dos tempos atuais. E ao insistir-se em ignorar os procedimentos informais, amplia-se a disfuncionalidade e criam-se diversos problemas com a conformação do Estado Democrático de Direito. Referimo-nos ao fenômeno do surgimento de uma *Administração paralela* ou *Para-administração*, caracterizada pela convivência, ao lado da atividade administrativa legalmente conduzida, de uma outra, manifestada por procedimentos não previstos na ordem jurídico-positiva, que seguem normas *praeter* ou *contra legem*. A compreensão global do problema é necessário para que nele se possam inserir os conflitos coletivos da função pública.<sup>316</sup>

Embora tenha se batido pela possibilidade de o Poder Público exercer sua função normativa de modo autônomo, sob legítima autorização do texto constitucional, tal deverá ocorrer de modo institucionalizado, permanente, com mecanismos que possibilitem criar efeitos pedagógicos através das experiências democráticas que resultarem das negociações implementadas. A falta de mecanismos adequados e institucionalizados acaba por criar insegurança jurídica, seja nos servidores, seja na população credora dos serviços públicos, seja nos próprios administradores.

Conclui-se, portanto, que o direito à negociação coletiva pelo servidor público é direito fundamental e ao mesmo tempo princípio constitucional implícito que não pode ser ignorado sob pena de criar uma ausência de correspondência com a realidade dos fatos sociais.

Nesse sentido, discorda-se veementemente da posição adotada por Maria Helena Diniz, a propósito do direito de greve dos servidores públicos, um dos

---

<sup>316</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 278-279.

vértices do Direito Coletivo do Trabalho, qualificando-o como uma lacuna axiológica, que é a que diz respeito à inadequação do texto constitucional em relação a um sistema de valores positivados:

A Constituição Federal, no art. 37, VII, garante a greve do funcionalismo público, cujo exercício dependerá de lei específica (JB, 166:299; Dec. n. 1.480/9, sobre paralisação de serviço público federal). Neste artigo, além da lacuna técnica<sup>317</sup>, está presente a lacuna axiológica. O fenômeno da greve está condicionado não só à sua realidade sociológica, mas sobretudo aos valores. A institucionalização constitucional da greve dos funcionários públicos, dependente de regulamentação do seu exercício, é um recurso antissocial, incompatível com o regime estatutário a que se subordinam os agentes públicos, contrário ao fim e à sobrevivência do Estado, por paralisar serviço público de interesse coletivo, indispensável ao bem-estar da sociedade, visto que não há como suprir sua ausência. Ante as desordens e os graves prejuízos que acarreta à sociedade e à população, e a injustiça, ou situação indesejável, que desencadeia, poderá instaurar no sistema jurídico uma lacuna axiológica.<sup>318</sup>

Lacuna axiológica há, no que se refere à negociação coletiva do servidor público — a se adotar o entendimento da autora — se fechar-se os olhos ao fato de que conflitos naturalmente surgem e não é o fato de uma regra de dever-ser tentar bloqueá-los que desaparecerão. Diversamente, o que acontece é o aumento do risco da “Administração Paralela”.

No entanto, como enfatizado, quer-se crer que o problema seja mais o de dar concretude a um princípio e direitos constitucionais implícitos.

Neste diapasão, recorda-se que, dotado de qualidade de direito fundamental, a negociação coletiva do servidor público goza da mesma garantia de eficácia que os demais direitos fundamentais, que é a da sua aplicabilidade imediata, consoante o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”).

Passa, assim, a compor a dimensionalidade objetiva, pela qual todos, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além de particulares, sofrem sua influência, em verticalidade e horizontalidade:

Ao art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 é possível atribuir, sem sombra de

<sup>317</sup> Hoje não mais existente após julgamento do Mandado de Injunção 712.

<sup>318</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 73.

dúvidas, o mesmo sentido outorgado ao art. 18/1 da Constituição da República Portuguesa e ao art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha, o que, em última análise, significa - de acordo com a lição de Jorge Miranda - que cada ato (qualquer ato) dos poderes públicos deve tomar os direitos fundamentais como “baliza e referencial”. Importante, ainda, é a constatação de que o preceito em exame fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica mediante a qual são exercidas estas funções, razão pela qual - como assevera Gomes Canotilho - inexistente ato de entidade pública que seja livre dos direitos fundamentais. Neste sentido, é possível falar de uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Por este motivo é que se aponta para a necessidade de todos os poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que presente justificativa que as autorize. Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais.<sup>319</sup>

Há, assim, um dever que impõe que as entidades públicas observem a participação democrática dos trabalhadores nas instâncias decisórias, mediante utilização de canais institucionalizados de negociação coletiva. O fato de tal dever provir de um direito fundamental-princípio implícito não reduz a responsabilidade que tem a Administração de concretizá-lo. Esse direito possui, no entendimento aqui exposto, eficácia imediata plena, que não depende de integração posterior.

Ora, se até mesmo não se concebe, atualmente, a anomia jurídica em normas denominadas programáticas ou de princípio institutivo<sup>320</sup>, ocorrendo cada

<sup>319</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 382 e 383.

<sup>320</sup> Aliás, Norberto Bobbio percebeu, com percuciência, o esdrúxulo de uma norma que, estando inserta no corpo constitucional, não gere efeito algum: “Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política: pode ainda ser chamado corretamente de “direito?” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 3ª reimpr. P. 92). Da mesma forma, Marco Orione Gonçalves Ferreira alerta para o risco da eficácia zero: “Se isto se dá com uma norma que diminui os efeitos da Constituição, pior ainda seriam as situações em que a ausência de norma pudesse reduzir a sua eficácia a zero – quando o famoso “nos termos da lei” nunca foi implementado ou ficar a esperar a atuação do legislador infraconstitucional por anos e anos. Aqui, a eficácia zero conduz à total ausência de força normativa do comando constitucional – que passa a ser mero aconselhamento ou orientação, jamais implementados. Nestes casos, há que se observar o seguinte: todos os agentes do direito, uma vez decorrido algum lapso sem que o programa constitucional tenha sido implementado, devem se orientar para extrair da disposição constitucional toda a sua força. Assim, advogados devem peticionar,



vez mais exemplos de ações (como a mudança de posicionamento do STF em relação às possibilidades do Mandado de Injunção) para se suprir as omissões legislativas, que tanto prejuízo trazem à eficácia plena dos direitos da chamada “eficácia limitada”, quanto mais não se dirá a um tipo de direito que não requer maiores complementações do legislador ordinário para ser exercido. Aliás, neste tocante, as experiências que já ocorrem na Administração Federal e em alguns Estados e Municípios.

É premente que haja uma mudança de mentalidade para enxergar certos valores que sempre estiveram presentes no sistema constitucional, que é aberto e flexível, e, portanto, sujeito a mutações de entendimentos:

A história nos brinda com diversas situações, nas quais percebemos a normal resistência a qualquer inovação de pensamento, principalmente quando contrária aos entendimentos reinantes e tidos como verdadeiros. Galileu Galilei (1564-1642 – astrônomo e físico italiano), no século XV, ousou afirmar que a terra girava em volta do Sol, que era o centro do sistema solar. Os juízes da época declararam sua afirmação absurda e herética, proibindo-lhe de ensinar sua teoria. Para não ser morto, de joelhos diante do Tribunal, fez a abjuração de sua doutrina. Conta a lenda, contudo, que ao levantar-se bateu o pé no chão com força e exclamou: “e, no entanto, ela se move!”<sup>321</sup>

---

a sociedade deve se mobilizar por intermédio de suas entidades associativas, o Ministério Público deve exigir e o Judiciário deve comandar segundo a intenção constitucional.” (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In **Direito Previdenciário e Constituição – homenagem a Wladimir Novaes Martinez**. São Paulo: LTr, p. 36).

<sup>321</sup> CARDOSO, Jair Aparecido. **A manutenção da estabilidade no emprego no Brasil, na Constituição Federal de 1988**. Tese de doutoramento apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2006. Mais adiante, na mesma tese, o autor cita a teoria hegeliana para subsidiar a demanda por alterações de postura: “Há um dinamismo natural e a conclusão tida como verdadeira hoje poderá não ser a mesma de amanhã. Por esta razão a justiça social deve estar em constante busca da verdade”

“Essa teoria hegeliana ficou conhecida como a filosofia do devir, ou seja, vir a ser, na qual cumpre ver toda parte não indivíduos isolados, mas uma grande corrente que os carrega. As forças da natureza, os acontecimentos da história, os sistemas filosóficos não são resultados de circunstâncias acidentais, mas de momentos necessários do devir universal”.

“Pelo pensamento hegeliano, a razão universal e as realidades individuais não devem se opor. Nesse aspecto, Hegel substitui a lógica antiga pela Dialética – dialética idealista -, método pelo qual o espírito chega à verdade. Para ele a motivação da alteração tinha por guia a dinâmica da lógica dialética que, conforme o movimento do pensamento vivo, descobre contradições a fim de conciliá-las e de superá-las”.

“Sendo assim, toda conclusão pressupõe uma reflexão. A contradição entre a tese e a antítese é superada por uma síntese. Cada síntese, por sua vez, é uma nova tese. O espírito, quando supera as contradições, manifesta verdadeira atividade criadora”.

“Enquanto a filosofia é um saber totalmente racional, tudo se liga a tudo, cada uma das partes é um todo filosófico. No sistema de círculos hegeliano, fechando-se em si mesmo, a totalidade rompe o limite do seu elemento e funda uma nova esfera que se formará posteriormente”.

“O “todo” se apresenta como um sistema de círculos em que cada um é um momento necessário, de tal maneira que o sistema, nos seus próprios elementos, constitui a ideia plena, que aparece também em cada elemento, de forma particular”.

“Por isso, concluímos com Hegel, nada é absoluto, toda conclusão comporta uma reflexão. Esse dinamismo da ação social é da essência humana, é da essência do próprio Direito, pois de outro jeito poderíamos

Desta maneira, pode-se cogitar, inclusive, que o entendimento expresso pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN-492-1, em 1.992, não pode ter o condão de engessar o deslinde de problema que ainda se apresenta no Direito brasileiro, que é o de dar livre curso à negociação coletiva pelo servidor público.

A propósito, o Direito estrangeiro não teve receio de enfrentar a questão e apresenta, de há muito, situações inovadoras.

É necessário, portanto, renovar o posicionamento da Corte Suprema, seja pelo fenômeno da mutação constitucional, seja pela impossibilidade de deixar um direito fundamental de magnitude sem a cobertura e concretização adequadas.

### 11.10 Experiências do Direito Estrangeiro

Segundo Arion Sayão Romita<sup>322</sup> há seis grupos em que se dividem os países quanto à participação dos servidores públicos na adoção de decisões que lhes digam respeito: os que admitem consultas officiosas; aqueles que contam com um sistema oficial e institucionalizado de consulta ao pessoal; os que estabelecem o direito de negociação coletiva com o governo; os que preveem participação na adoção de decisões que concernem às relações de emprego; os que contam com conselhos “Whitley”; os que têm a negociação coletiva regulada em lei.

De acordo com classificação proposta por Florivaldo Dutra de Araújo, podem ser divididos os países entre os que não preveem qualquer negociação coletiva e os que têm a negociação incorporada ao Direito positivo. Nestes últimos, distinguem-se os que têm negociação coletiva, sem efeitos vinculantes, em que esta é meramente

---

pensar o Direito de forma matematizante, como já fizeram alguns pensadores”.

“Muitas teorias filosóficas foram criadas, mas não temos como desabonar as posições hegelianas, pois a vida é realmente assim, um sistema de círculos. Por consequência, o Direito, enquanto ciência, também é assim, tem de se adaptar às novas concepções e evoluir. “As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social. Como, pois, recusar interpretá-lo no sentido das concepções sociais que tendem a generalizar-se e a impor-se? (páginas 29, 30 e 31).

<sup>322</sup> De acordo com citação de Florivaldo Dutra de Araújo: **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 277.

procedimento consultivo, e outros que contêm procedimentos vinculantes para a Administração apenas e procedimentos vinculantes para o Estado, incluído o Legislador.

A partir da experiência de alguns países, o autor analisa as possibilidades da negociação coletiva no setor público.

Na França, destaca ele, há, desde 1945, um Conselho Permanente da Administração Civil, formados por representantes do Poder Público, da sociedade e dos funcionários.

Em 1983 foi editada a Lei 83-634, de 13.7.83, que dispõe a respeito nos artigos 8º (“as organizações de funcionários estão qualificadas a conduzir em nível nacional com o Governo negociações prévias à determinação da evolução das remunerações e para debater com as autoridades encarregadas da gestão, em diferentes níveis, de questões relativas às condições e à organização do trabalho”) e 9º (“os funcionários participarão mediante seus delegados nos órgãos consultivos, na organização e exercício do serviço público, na redação de normas estatutárias e no exame das decisões individuais que afetem as suas carreiras. Participarão também nas decisões e na administração das atividades sociais, culturais, desportivas e de tempo livre de que dispõem ou que possam organizar”).

O entendimento a partir desta lei é que a negociação (“concertation”) é realizado em dois âmbitos. O do artigo 9º é uma via institucional, em que os órgãos são consultivos em questões de interesse geral. Dividem-se em órgãos centrais e internos. Órgãos centrais são o Conselho Superior da Função Pública do Estado, o Conselho Superior da Função Pública Territorial e o Conselho Superior da Função Pública Hospitalar. Os órgãos internos “encontram-se em diversas unidades administrativas: comissões administrativas paritárias, que se ocupam de aspectos individuais (recrutamento, progressão na carreira, disciplina etc.), e as comissões paritárias técnicas, ocupadas com problemas de organização e aplicação dos serviços e elaboração de estatutos especiais”.

O âmbito do artigo 8º tem sido o de aspectos ligados à remuneração,

inclusive vencimentos, duração de jornada e condições de trabalho e é realizada de modo geral, centralizado. Tem sido considerada uma via não institucional, de caráter informal e empírica. Não há um procedimento de negociação predeterminado.

Ambas as vias são de natureza consultiva.

As concertações gerais do artigo 8º também são atos de cunho preparatório de decisões unilaterais do Poder Público, que resultam em mero empenho moral ou político. São acordos de cavalheiros, sem obrigação jurídica e com vínculo apenas moral, porém ainda não se deu o verdadeiro peso à moralidade e boa-fé presentes neste tipo de negociação.

Uma questão importante a observar é que até 1981 essas negociações gerais ocorriam após a aprovação da lei orçamentária, o que dificultava conseguir algo além do já unilateralmente previsto na lei. Essa sistemática mudou após 1981.

O modelo de negociação francês tem sofrido críticas:

No entanto, o engajamento do Poder Público na busca de solução concertada dos conflitos tem variado conforme as circunstâncias, dependendo da correlação de forças em cada caso. Esta atitude casuística tem sido criticada pelos sindicatos, ao nosso ver, com razão, eis que há de se exigir da Administração atitude coerente: ou a negociação pode contribuir para aperfeiçoamento democrático das decisões do Poder Público e então merece ser observada segundo algum procedimento cujos traços, ao menos de modo geral, sejam previamente conhecidos; ou se nega de antemão o diálogo, assumindo-se os ônus sociais do puro unilateralismo. O casuismo é indício de ausência de boa-fé por parte da Administração, suspeita que não se pode deixar pendente.<sup>323</sup>

Na Espanha, a questão da negociação coletiva tem tratamento bem mais amadurecido. Naquele país trabalham para o Estado funcionários estatutários e trabalhadores regidos pelo direito do trabalho, estes para serviços temporários ou de natureza instrumental, tais como atividades de manutenção, vigilância, portaria e outros.

---

<sup>323</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 304.

A Constituição espanhola de 1978 admite aos trabalhadores em geral os direitos à liberdade sindical, no artigo 28.1 (“todos têm direito a sindicalizar-se livremente. A lei poderá limitar ou executar o exercício deste direito às Forças ou Institutos armados ou aos demais corpos submetidos a disciplina e regulará as peculiaridades de seus exercício para os funcionários públicos”), à greve no artigo 28.2, e à negociação coletiva no artigo 37.1 (“a lei garantirá o direito à negociação coletiva de trabalho entre os representantes dos trabalhadores e empresários, assim como a força vinculante dos convênios”).

Quanto aos funcionários públicos dispôs no artigo 103.3 que “a lei regulará o estatuto dos funcionários públicos, o acesso à função pública de acordo com os princípios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercício de seu direito à sindicalização, o sistema de incompatibilidades e as garantias para a imparcialidade no exercício de suas funções”.

Uma primeira observação a se fazer é que, à primeira vista, o direito à negociação coletiva não é considerado como direito fundamental na constituição espanhola. De acordo com Arnaldo Boson Paes<sup>324</sup>:

A Constituição Espanhola de 1978, ao tratar do direito sindical, rompendo com o modelo corporativista até então em vigor, consagra os três princípios fundamentais que conferem os contornos de um modelo sindical plural e democrático, a saber, a liberdade sindical (art. 28.1), o direito de greve (art. 28.2) e a negociação coletiva (art. 37.1 e 37.2). Os dois primeiros foram erigidos como direitos fundamentais e liberdades públicas. Diferentemente, o direito à negociação coletiva está inserido junto a outros direitos trabalhistas, o que o torna um direito de hierarquia constitucional.

No entanto, o próprio autor, na sequência do texto, demonstra que a doutrina mais abalizada considera o direito de negociação coletiva do funcionário público como conteúdo irredutível do núcleo essencial da liberdade sindical:

... Esse direito de livre sindicalização implica o reconhecimento da existência de um núcleo essencial, intocável, sob pena de desfiguração do próprio direito à liberdade sindical. Abalizada doutrina considerou integrado

---

<sup>324</sup> PAES, Arnaldo Boson. **Sistema Espanhol de Negociação Coletiva de Função Pública**. Acesso ao site [www.diap.org.br](http://www.diap.org.br), em 10 de junho de 2009. p. 4.

nesse núcleo o direito à negociação coletiva dos funcionários públicos. Nessa direção, M. Rodríguez-Piñero, citado por Palomeque López (p. 334), considera que, ao integrar o direito à negociação coletiva o conteúdo essencial da liberdade sindical, “no puede ser suprimido de forma absoluta como uma peculiaridad propia del derecho de sindicación de los funcionarios”. Essa doutrina mais se justifica considerando que o funcionário, nesta condição, não perde sua qualificação de trabalhador e cidadão, daí por que, em nome da especificidade e da natureza do regime jurídico que o vincula com a administração pública, não pode sofrer outras limitações ao exercício de seus direitos, além daquelas estritamente necessárias.<sup>325</sup>

A questão da não admissão como direito fundamental aparenta estar ligada mais a uma interpretação geográfica do texto constitucional do que propriamente se refira à natureza do direito à negociação. Ora, se ela faz parte do núcleo da liberdade sindical e está diretamente a esta vinculada sua natureza não pode ser muito distinta da de um direito ou liberdade fundamental.

Em relação ao funcionário público, o direito à negociação, segundo narra Florivaldo Dutra de Araújo, sofreu, tão logo editado o novo texto constitucional, três posições interpretativas<sup>326</sup>, relativamente à inclusão dos funcionários públicos no art. 37.1: a tese da proibição constitucional, “segundo a qual a reserva da lei contida no art. 103.3 e a negociação coletiva são institutos contrapostos, ficando, então, excluída a negociação para os funcionários estatutários”; a tese do reconhecimento constitucional, “entendendo que a reserva de lei estabelecida no art. 103.3 só visa à repartição de poderes entre o Legislativo e o Executivo, entre lei e regulamento, mas sem impedir a negociação coletiva, de obrigatória aceitação, a teor do art. 37.1, devendo apenas a negociação dos funcionários observar os limites legais (do Estatuto, inclusive), do mesmo modo que aquela dos trabalhadores privados observa a lei trabalhista”; tese da ausência de tratamento constitucional, que nem vislumbra no art. 37.1 a inclusão dos funcionários estatutários, nem extrai do art. 103.3 estar a negociação excluída para os mesmos, ficando à discricionariedade do legislador estabelecê-la ou não<sup>327</sup>.

O primeiro entendimento do Tribunal Constitucional, no julgado STC 57/1982,

---

<sup>325</sup> PAES, Arnaldo Boson. **Sistema Espanhol de Negociação Coletiva de Função Pública**, cit., p. 4.

<sup>326</sup> O mesmo é mencionado por Melissa Damari: **Possibilidade de negociação coletiva entre servidores públicos e o Estado**. Acesso ao site [www.jus2.com.br/doutrina](http://www.jus2.com.br/doutrina).

<sup>327</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 309.

concluiu não existir qualquer possibilidade de negociação em face da supremacia do Poder Público, de forma que:

Del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía com efectos vinculantes, porque no existe um racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios em defensa de sus intereses deriva como única solución el celebrar um convenio obligatorio, haciendo perder la supremacia a la Administración con graves consecuencias.<sup>328</sup>

Após a edição da lei orgânica 11, de 2 de agosto de 1985, houve definição mais clara do conteúdo do direito à liberdade sindical, unificando-a para os trabalhadores da iniciativa privada e para o funcionalismo público e compreendendo o direito à negociação coletiva inclusive para este último.

A partir daí foi editada, especificamente para o setor público, a lei 9, de 12.5.1987, de alcunha "LORAP", sobre os "Órgãos de Representação, Determinação das Condições de Trabalho e Participação do Pessoal ao Serviço das Administrações Públicas". Sofreu importantes alterações em 19.7.1990.

Segundo a redação atual, há três processos de determinação das condições de trabalho para a função pública: a) negociação; b) consulta e c) determinação unilateral.

O artigo 32 versa sobre as matérias de negociação, as quais poderão ser, dentre outras, as ligadas ao incremento de retribuições de funcionários, planos de ofertas de emprego público, classificação dos postos de trabalho, sistemas de ingresso e promoção profissional dos funcionários, propostas de direito sindical e de participação dos funcionários e medidas de saúde do trabalho.

A determinação unilateral ocorre nas matérias dispostas no artigo 34.1, isto é, decisões que afetem aos poderes de organização, exercício do direito dos cidadãos ante aos funcionários públicos e o procedimento de formação dos atos e disposições administrativos.

---

<sup>328</sup> PAES, Arnaldo Boson. **Sistema Espanhol de Negociação Coletiva de Função Pública**, cit., p. 5.

O artigo 34.2 prevê consulta sempre que as consequências das decisões da Administração Pública quanto aos seus poderes de organização possam repercutir nas condições de trabalho dos funcionários.

Embora as opiniões resultantes da consulta não tenham força vinculante, é um procedimento obrigatório, cuja inobservância poderá acarretar nulidade da disposição administrativa questionada.

A negociação pública para a Administração espanhola tem caráter de obrigatoriedade, estabelecendo-se reuniões pelo menos uma vez ao ano e se dá em dois níveis, o das Mesas Gerais e o das Mesas Setoriais. A Mesa Geral é instituída no âmbito da Administração do Estado, em cada uma das Comunidades Autônomas e entidades locais e para cada pessoa jurídica de direito público e tem competência para a determinação das condições de trabalho dos funcionários públicos do âmbito correspondente.

No plano inferior (ou seja, há uma hierarquia entre Mesa Geral e Mesas setoriais – diferentemente do que ocorre na iniciativa privada) estão as Mesas Setoriais da Administração do Estado e que são seis, justamente para a resolução de determinação de condições de trabalho dentro de competências residuais de seis setores específicos: professores não universitários, pessoal dos Correios, pessoal das instituições sanitárias públicas, pessoal da administração da justiça, funcionários das universidades, pessoal da Administração Central e Institucional e das Entidades Gestoras da Seguridade Social. Podem, ainda, por decisão da Mesa Geral, ser criadas outras mesas setoriais.

A negociação coletiva pode resultar em dois tipos de instrumentos, acordos ou pactos, de acordo com o artigo 35 da LORAP:

Os pactos celebrar-se-ão sobre matérias que correspondam estritamente ao âmbito de competência do órgão administrativo que o subscreva e vincularão diretamente as partes.

Os acordos versarão sobre matérias da competência do Conselho de Ministros, Conselhos de Governo de Comunidades Autônomas ou órgãos correspondentes das entidades locais. Para sua validade e eficácia será



necessária a aprovação expressa e formal destes órgãos em seu âmbito respectivo.

Os pactos, de menor alcance, têm eficácia jurídica interna e são modalidade de negociação vinculante. Trata-se de “autênticos contratos administrativos similares aos que se celebram no âmbito laboral”<sup>329</sup> e independem de aprovação dos órgãos governamentais superiores. Formam-se em nível de mesas setoriais para matérias de alcance menor, como questões de ordem funcional e de organização de trabalho.

Aos chamados “personal laboral”, isto é, os contratados em regime de Direito do Trabalho, também é possível valer-se de pactos de força diretamente vinculante.

Nos acordos há vinculação apenas quanto ao procedimento, cuja não observância gera nulidade, mas são sujeitos à aprovação expressa do Conselho de Ministros, Conselhos de Governo de Comunidades Autônomas ou órgãos correspondentes das entidades locais. Correspondem a modelo de negociação consultiva.

Se o assunto dos acordos relacionar-se a matérias de competência específica do Conselho de Ministros, isto é, pertencer à competência de regulamentação interna da Administração, após a aprovação expressa o acordo terá natureza regulamentar, ou seja, será admitido como um ato criador de normas gerais e abstratas equivalente a uma regulamentação estatal.

Se a matéria estiver sujeita à reserva legal ou versar sobre incrementos de retribuições a necessidade de aprovação pelo Parlamento faz com que a aprovação expressa do Conselho de Ministros tenha a natureza de um anteprojeto de lei, sob dependência de aprovação no Poder Legislativo.

Alguns criticam essa dependência, dizendo que, em realidade, a submissão à aprovação acaba por implicar que o seu resultado tenha mera força política, e não jurídica, eis que demanda, ainda, o exercício do poder de pressão junto aos grupos

---

<sup>329</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 322 (citando Sala Franco e Roqueta Buj).

parlamentares.

No entanto, há verdadeira obrigação de que a Administração apresente ao Parlamento, como projeto de lei, os exatos termos do negociado. Além disso, por força de interpretação doutrinária entende-se que há certa restrição na apreciação dos acordos pela Administração, seja pela aplicação do princípio da boa-fé ou pela chamada doutrina dos atos próprios, que reputa que

a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando esta conduta, interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito ou quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé.

De acordo com a doutrina dos atos próprios os representantes da Administração na mesa de negociação constituem acreditados do Poder Público, tendo recebido as devidas instruções a se aterem no desenvolvimento do procedimento, de modo que não podem efetuar um arremedo de negociação.

Segundo Remédios Roqueta Buj e Sala Franco, o órgão do governo correspondente só poderá desaprovar o acordo resultante da atuação de seus representantes em situações de ilegalidade, desvio quanto às instruções dadas ou mudança absoluta e radical das circunstâncias que envolveram a negociação<sup>330</sup>. Esses fatos deverão ser devidamente motivados na desaprovação do acordo.

Na instância parlamentar, eventual desaprovação será fundamentada pelos próprios debates legislativos. Caberá às partes acordantes realizar esforços conjuntos para a aprovação do projeto de lei<sup>331</sup>.

Em casos de não se produzir acordos durante a negociação ou ocorrer desaprovação competirá ao Governo estabelecer as condições de trabalho<sup>332</sup>. Há,

<sup>330</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 320.

<sup>331</sup> Idem, ibidem, p. 321.

<sup>332</sup> Arnaldo Boson Paes observa o seguinte risco: “Disso resulta que, reconhecendo-se ao ente público o poder de, fracassada a negociação, ditar de forma unilateral as condições de trabalho, tal fato estimulará o descumprimento do princípio da boa-fé, fazendo com que condutas culposas ou maliciosas sejam adotadas com o propósito de bloquear a negociação, recuperando a administração a iniciativa de editar por conta própria as condições de trabalho de seus funcionários” (PAES, Arnaldo Boson. **Sistema Espanhol de Negociação Coletiva de Função Pública**. Acesso ao site [www.diap.org.br](http://www.diap.org.br), em 10 de junho de 2009, p. 9).

contudo, o recurso de, em comum acordo, estabelecer-se a mediação.

Há, também, o que vale notadamente para os pactos firmados com o “personal laboral”, que se observar limites estabelecidos nas leis orçamentárias para incrementação de remuneração, especialmente porque há outros interesses estatais a serem protegidos, tais como o controle da inflação e do déficit público.

Relevante mencionar os princípios aplicáveis à negociação coletiva de acordo com Miguel Sánchez Morón<sup>333</sup>: a) princípio da legalidade, que ressurgiu de imposição constitucional do artigo 103.1, pelo qual os pactos e acordos não podem desatender conteúdo de lei, sob pena de invalidade; b) princípio da cobertura orçamentária, segundo o qual a previsão orçamentária constitui limite inafastável da negociação, ou seja, as negociações são limitadas “a priori” e “a posteriori” quando tiverem impacto financeiro; c) princípio da obrigatoriedade de negociação; d) princípio da boa-fé; e) princípio da representatividade sindical (a legitimidade para negociar pertence ao sindicato mais representativo)<sup>334</sup>; e) princípio de competência. “De parte da administração pública os pactos e acordos devem ser firmados ou aprovados pelo órgão competente sobre a matéria objeto da negociação”; f) princípio da publicidade, pelo qual há necessidade de se publicar os pactos e os acordos aprovados imediatamente.

É oportuno citar, ainda, a lembrança que faz Melissa Damari, com base em Remedios Buj, professora da Universidade de Valencia, a respeito da ausência de incompatibilidade da negociação coletiva em face do princípio da legalidade:

Remédios Buj também desconstituiu a tese de incompatibilidade da negociação coletiva em face da subordinação da atuação administrativa ao Princípio da Legalidade. No seu magistério, tal princípio é justamente um dos fundamentos da negociação coletiva para os servidores públicos, pois o mesmo impõe que a Administração observe a totalidade do ordenamento constitucional, o qual garante aos servidores o exercício da liberdade sindical. Da mesma forma, relativamente às determinações legais atinentes à persecução do interesse público, pondera que o interesse público não está desvinculado dos interesses individuais e coletivos, eis que está a serviço dos cidadãos, e não o inverso, de forma que a criação de vias negociais com o corpo de servidores não atenta contra o interesse público.

<sup>333</sup> PAES, Arnaldo Boson. **Sistema Espanhol de Negociação Coletiva de Função Pública**, cit., p. 6.

<sup>334</sup> Não há, na negociação coletiva pública, possibilidade de negociação por “comitês de empresa” ou “delegados de pessoal”, como acontece na iniciativa privada espanhola em que vigora plena liberdade sindical. Somente organizações sindicais estão habilitadas a negociar no âmbito do setor público.

Pelo contrário, atende ao interesse comum de democratização do Estado.<sup>335</sup>

Tanto os acordos quanto os pactos produzem efeitos normativos e obrigacionais, que obrigam a Administração pública e os sindicatos, com eficácia geral e efeitos *erga omnes*, com aplicação a todos os funcionários no âmbito correspondente.

São dotados de três características: 1) imediatidade, pois assim que publicados são imediatamente executáveis, sem necessidade de norma posterior, com aplicabilidade automática; 2) imperatividade, não é possível dispor a respeito da observância do instrumento da negociação e adotada a negociação não é possível alterá-la unilateralmente; 3) inderrogabilidade absoluta, pelo qual o instrumento resultante da negociação deverá ser respeitado em seu prazo de vigência<sup>336</sup>.

Podem ser relacionadas, ainda: o princípio da modernidade, pelo qual ocorre derrogação das condições pactuadas anteriormente sem que haja direito à incorporação; a aplicação a todos os funcionários do órgão abrangido, independente da filiação sindical; a necessidade de conter prazo de vigência e o alcance pessoal, funcional e territorial.

Há a possibilidade de denúncia, desde que o direito seja previsto e por comum acordo poderão ser rescindidos em situações da cláusula *rebus sic stantibus*.

Vale colher uma observação final feita por Florivaldo Dutra de Araújo quanto ao modelo espanhol de negociação coletiva pública:

Considerando que os pactos, verdadeiros contratos coletivos de imediata eficácia, possuem reduzido alcance, e que os acordos, de mais ampla incidência, não geram efeitos senão quando adotados por atos regulamentares estatais, vê-se que a Espanha se mantém a meio caminho entre a tradição estatutária unilateralista e o rompimento total com este modelo. Carrera Ortiz pondera a respeito: “A ruptura total houvera sido a assimilação dos acordos coletivos aos convênios do setor laboral, ou seja, o reconhecimento de plena eficácia normativa aos acordos coletivos da

<sup>335</sup> DAMARI, Melissa. **Possibilidade de negociação coletiva entre servidores públicos e o Estado.**

<sup>336</sup> PAES, Arnaldo Boson. **Sistema Espanhol de Negociação Coletiva de Função Pública**, cit., p. 10.

função pública, sem sujeição a um controle de oportunidade algum, senão somente a um controle de legalidade limitado, como ocorre no setor laboral.<sup>337</sup>

O mesmo autor menciona que a Alemanha demonstra possuir sistema mais avançado no que diz respeito ao modo de negociação com os servidores públicos, com produção de normas que resultam em efeitos vinculantes sem que ocorra necessidade de aprovações posteriores.

Esse sistema, contudo, não atinge a totalidade dos servidores, mas cerca de sessenta por cento deles. Isto porque, naquele país este é o percentual dos que exercem função pública e que são regidos por contratos de Direito do Trabalho. Os quarenta por cento restantes são funcionários públicos (“beamten”) de regime estatutário unilateral. Mesmo quanto a estes, porém, é previsto o sistema de negociação consultiva.

Quanto aos servidores com contratos regidos pelo Direito do Trabalho, os empregados públicos (“arbeitnehmer”), dividem-se em empregados com atividades intelectuais (“angestellten”) e trabalhadores com atividades manuais (“arbeiter”), mesma divisão que é aplicada no setor privado alemão com base no costume e não em definição legal<sup>338</sup>.

Quanto à distinção entre funcionários e empregados públicos, encontra fundamento constitucional e é justificada doutrinária e jurisprudencialmente. No entanto, trata-se de uma divisão que contém um critério de natureza mais formal que material, isto é, na prática, um mesmo tipo de função administrativa pode ser exercida tanto por um empregado público quanto por um funcionário público.

Há, contudo, um pendor favorável ao funcionário público no exercício das chamadas “prerrogativas de soberania”, em virtude do disposto no artigo 33 da Lei Fundamental alemã.

---

<sup>337</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 327.

<sup>338</sup> Interessante notar que Florivaldo não faz menção quanto à validade da divisão em trabalhadores manuais e intelectuais em face de proibição de não discriminação, como ocorre no nosso Direito do Trabalho, em razão do artigo 7º, XXXII, da Constituição.

O artigo 33, que se desdobra em cinco itens, contém determinações a respeito da função pública em dois deles:

4. O exercício de prerrogativas de soberania com caráter permanente deverá em regra ser confiado a agentes da função pública que se encontrem em uma relação de direito público de serviço e fidelidade.
5. O direito da função pública será regulado tomando-se em consideração os princípios tradicionais do funcionalismo público de carreira.

A respeito de tais dispositivos, Florivaldo Dutra de Araújo sintetiza a opinião predominante da seguinte forma:

- a) existem funções típicas do Estado (de soberania), que, se exercidas permanentemente, devem ser confiadas em regra a funcionários públicos de carreira;
- b) estes funcionários são regidos por estatutos de direito público, estabelecidos unilateralmente pelo legislador, que deverá observar, na sua elaboração, os princípios tradicionais do funcionalismo;
- c) como aquela reserva se faz “em regra”, pode-se também confiar essas mesmas funções a servidores regidos pelo direito privado, vale dizer, normas trabalhistas, o mesmo valendo em sentido contrário, ou seja, funcionários estatutários podem também exercer funções não típicas da soberania estatal.<sup>339</sup>

Ou seja, a distinção entre funcionários e empregados é formal porque realizada a partir do conjunto de normas aplicáveis, se estatuto legalmente estabelecido ou contratos de trabalho fundados em normas trabalhistas. A natureza da atividade tem menor importância.

Em 1957, foi adotada a Lei Geral de Unificação do Direito dos Funcionários Públicos (BRRG), com reformas posteriores, que dispõe no § 2, II, que “a nomeação como funcionário público é apenas permitida para o exercício de tarefas de soberania ou daquelas tarefas que, por razões de segurança do Estado ou da vida em comunidade, não puderem ser atribuídas exclusivamente a pessoas que se encontrem em uma relação de trabalho de direito privado”.

A partir daí, como ressonância do já disposto na Lei Fundamental, assentou-se a chamada “reserva de função” em favor dos funcionários públicos.

---

<sup>339</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 329.

Entretanto, a própria extensão das atividades sujeitas à reserva de função é controvertida. Alguns enfocam que apenas as atividades caracterizadas como intervenção imperativa da Administração ali podem ser incluídas. Outros aduzem que também as atividades de prestação de serviços pelo Estado, desde que regidas pelo Direito Público. E outros ainda alegam que todas as tarefas do Estado, independente de forma jurídica de realização, comportam enquadramento como tarefas de soberania ou equivalentes.

Nunca, contudo, chegou-se a um consenso a respeito das funções compreendidas na reserva de função dos funcionários públicos:

Consenso entre os doutrinadores parece existir apenas em relação à existência da dualidade de regimes jurídicos no âmbito da função pública e à exclusão da possibilidade de se atribuírem aos funcionários públicos tarefas mecânicas e subalternas. Também é tranquilo o entendimento de que, se a reserva de função do art. 33, 4, da Lei Fundamental, está restrita às tarefas de “caráter permanente”, pode-se atribuir o seu exercício provisório, quando necessário, aos empregados públicos.<sup>340</sup>

Outro ponto praticamente pacífico, também, é o da aplicabilidade dos princípios tradicionais, sobre os quais se entende que a incidência é exclusiva em relação aos funcionários públicos, não extensível, por consequência, aos empregados.

No entanto, há uma dificuldade de se saber se os princípios devem ser considerados (expressão de menor vinculação) ou atendidos e qual seria o conteúdo desses princípios, embora o Tribunal Constitucional Federal tenha distinguido dois conjuntos de princípios. Um conjunto referente à relação de direito público de serviço e fidelidade, englobando fidelidade à Constituição, neutralidade política na condução do cargo, dever de obediência, dever de reserva quanto aos assuntos relativos ao cargo, proibição de greve. E outro, atinentes à busca de eficiência na Administração: princípio da produtividade, princípio da dedicação principal à função pública, princípio da carreira.

Além disso, prevalece na relação com o funcionário público o princípio da

---

<sup>340</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 331.

reserva legal na fixação das regras da função pública.

Em compensação, ao funcionário público são asseguradas as seguintes garantias: vitaliciedade (isto é, estabilidade), observância ao devido processo administrativo para afastamento do funcionário, princípio da alimentação (“que determina remuneração e proventos adequados ao cargo”); direito à assistência social; garantia de proteção judicial quanto aos direitos patrimoniais.

Quanto à proibição do direito à greve, a decorrência é a igual proibição da contratação coletiva. Entretanto, no art. 9, III, da Lei Fundamental é garantido o direito à liberdade de coalizão dos indivíduos, de onde se extrai a possibilidade de liberdade de organização em sindicatos, inclusive aos empregados e funcionários públicos.

O impedimento à contratação é criticado por vários juristas:

... Como uma das funções principais dos sindicatos em geral é a negociação visando à contratação coletiva, a exclusão deste direito em relação aos sindicatos dos funcionários públicos não é aceita por vários juristas. Seria este um caso em que a interpretação doutrinária e a jurisprudencial predominantes estariam em conflito com aquelas ideias geralmente aceitas e acima registradas, de necessidade de conformação e aplicação dos “princípios tradicionais” do funcionalismo público em acordo com o texto e o contexto da nova estrutura constitucional (*interpretação dinâmica*).<sup>341</sup>

No entanto, mecanismos surgiram, com o passar do tempo, para compensar a ausência de poder de negociação coletiva por parte dos funcionários públicos. Um deles é o aproveitamento aos funcionários do resultado da negociação coletiva, de eficácia vinculante e imediata, realizada pelos empregados públicos:

... Ao longo dos anos, porém, desenvolveu-se a prática de primeiro se fixarem em contratos coletivos os ajustes de remuneração dos empregados públicos e depois, conferir o Estado os mesmos valores aos funcionários públicos. Fala-se mesmo em “extensão” dos benefícios negociados com os empregados, embora não haja qualquer referência legal semelhante a isto. Assim, criou-se um mecanismo de compensação para o fato de estarem os funcionários públicos proibidos de realizar greves e pactuar benefícios com o Poder Público...<sup>342</sup>

<sup>341</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 335.

<sup>342</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 357.



Outro mecanismo compensatório é a fixação aos funcionários públicos do direito de participação sobre a elaboração de regras gerais relativas às suas relações jurídicas com o Estado.

Destarte, na Lei Geral dos Funcionários Públicos (BRRG) é estatuído, no § 58 o seguinte:

As organizações de cúpula dos sindicatos e associações profissionais competentes devem participar na preparação das regras legais relativas às relações jurídicas dos funcionários públicos pelos órgãos superiores dos Estados.

E, do mesmo modo, na Lei dos Funcionários Públicos Federais (BBG), § 94:

As organizações de cúpula dos competentes sindicatos devem participar na preparação de regras gerais relativas às relações jurídicas dos funcionários públicos.

Esse direito de participação

funciona como sucedâneo da contratação coletiva, tendo como fundamento o mesmo art 9, III, da Lei Fundamental. Entende-se em seu alcance, embora não caracterize a cogestão (*Mitbestimmung*) é maior que a simples prestação de informação ou audição das organizações sindicais (*Information und Anhörung*). Requer o estabelecimento de discussão entre estas e o Governo para se buscar atingir algum consenso, apesar de a última palavra sobre o conteúdo das regras a serem decretadas ou propostas ao Parlamento caber sempre, unilateralmente, ao Poder Público. A esta discussão é que denominamos *negociação consultiva*, no mesmo sentido de procedimentos semelhantes encontráveis em outros países.<sup>343</sup>

Este direito de participação, contudo, não chega a ser rigorosamente promovido e observado, tanto que insistentes foram os apelos, principalmente pela União Alemã dos Sindicatos (DGB) de que se deve “Negociar ao invés de impor”. Além do reclamo por negociação com caráter vinculante, o Sindicato sustentava que ocorria desrespeito à simples participação, seja em face do curto prazo dado para as entidades sindicais se manifestarem sobre anteprojetos de lei e projetos de regulamentação, até mesmo a emissão de normas sem qualquer comunicação

<sup>343</sup> Idem, ibidem, p. 365.

prévia e a demonstração de pouca disponibilidade para considerar argumentos e propostas indicados.

Esse descontentamento das organizações sindicais representativas dos funcionários públicos é reforçado pela doutrina e jurisprudência que entendem que a falta de observância do direito de participação não acarreta invalidade das decisões unilaterais do governo<sup>344</sup>.

No entanto, se o modelo em relação ao funcionalismo público alemão, de fraca negociação consultiva, com pobre poder de vinculação, não pode ser exemplo de avanço democrático no trato das relações funcionais com o servidor público, o mesmo não se pode afirmar quanto aos empregados públicos, que possuem o direito coletivo à negociação com resultados vinculantes, sem maiores necessidades de aprovações posteriores, como acontece na Espanha, por exemplo.

Há tradição na Alemanha em realizarem-se contratos coletivos com empregados públicos e os primeiros ocorreram em 1919 e 1924 e a prática só foi suspensa no período nazista.

A contratação coletiva é regulada por uma lei de 25.8.1969 (*Tarifvertragsgesetz*), aplicável simultaneamente à economia privada e ao setor público. Aliás, a negociação e contratação coletivas de empregado público são

---

<sup>344</sup> Florivaldo Dutra de Araújo cita, entretanto, às fls. 367 e 368, realização de um Acordo sobre Melhorias na Participação das Organizações de Cúpula dos Sindicatos na Elaboração de Regras Gerais Relativas às Relações Jurídicas dos Funcionários Públicos, em que se destacam algumas normas procedimentais: “a) o prazo para manifestação das entidades sindicais de cúpula deve ser “adequado à extensão e à relevância da proposição normativa”, sendo em regra de três meses, podendo ser encurtado para até seis semanas em casos de proposições normativas urgentes, não extensas ou não complexas, ou em até menos tempo, em casos específicos em que isto seja exigido por “razões especialmente importantes”; b) em assuntos de “especial importância” as conversações serão conduzidas, pela parte Governamental, por Ministro ou Secretário Geral de Ministério; c) ao final das conversações, o Ministério do Interior é obrigado a comunicar por escrito às organizações sindicais participantes quais as conclusões do exame feito pelo Governo a respeito das questões restantes em aberto após as tratativas, quais as propostas sindicais foram adotadas e por que outras não o foram; d) as propostas legislativas não adotadas devem ser encaminhadas e esclarecidas ao Parlamento e ao Conselho Federal, quando for o caso, o mesmo valendo em relação aos órgãos governamentais que devam decidir a respeito de regulamentos executivos; e) excluídos do procedimento de participação sindical ficam as circulares relativas à execução e interpretação de leis, que visem, por exemplo, apenas à aplicação de decisões das Cortes Judiciais na prática administrativa, devendo, porém, ser enviadas às organizações sindicais de cúpula, para efeito de conhecimento”. Entretanto, como o mesmo autor observa, este acordo não tem força jurídica para se fazer impor ao governo e se o próprio desrespeito à lei que determinou a ocorrência de conversações entre sindicato e Governo não encontrou respaldo no Judiciário, que não enxerga consequências na não observância do direito de participação, menor possibilidade deve ocorrer de o Judiciário colocar-se a serviço do cumprimento do acordo.

temas, de acordo com a doutrina alemã, relegados ao Direito do Trabalho e não ao Direito Administrativo, não se vislumbrando particularidades dignas de diferenciações.

Um aspecto interessante na estrutura organizacional dos agentes capacitados à negociação é que naquele país ocorre um fenômeno pouco utilizado em outros lugares, que é o de serem possíveis associações de empregadores públicos.

A Alemanha, que é uma república federativa, é dividida em União, Estado e Comunas. Estas são assemelhadas aos municípios brasileiros, mas não são admitidas como pessoas autônomas dentro do pacto federativo, apesar de granjarem autonomia em diversos assuntos.

Em todos esses níveis, inclusive em entidades de Direito público, pode ocorrer negociação de contratos coletivos de trabalho e “embora possam isoladamente negociar e firmar acordos coletivos, os Estados e comunas estão organizados em associações de empregadores, as quais se constituem nos interlocutores com os sindicatos de empregados públicos. A União, ao contrário, não se acha vinculada a qualquer associação”<sup>345</sup>.

Associações de empregadores do Estado ou das Comunas são entidades de Direito privado, com livre filiação dos interessados e têm por finalidade concluir contratos coletivos de trabalho e outros acordos para unificar condições de trabalho no interesse de seus associados. Florivaldo Dutra destaca que, por definição estatutária da Comunidade de Contratação Coletiva dos Estados Alemães (TdL), entidade representativa dos Estados Alemães enquanto empregadores, há necessidade prévia de autorização de Assembleia Geral para conclusão de contratos coletivos e adoção de normas de trabalho mais favoráveis.

A negociação coletiva no setor público na Alemanha é fortemente centralizada pelo fato de que Estados e Comunas se encontram organizados em

---

<sup>345</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 342

entidades de cúpula e os trabalhadores, igualmente, representam-se, em grande parte, pelos dois maiores sindicatos nacionais, o Sindicato dos Trabalhadores da Função Pública, Transporte e Trânsito (ÖTV) e o Sindicato dos Empregados Alemães (DAG), que engloba os empregados intelectuais e burocráticos.

Não há obrigatoriedade em realizar-se a negociação coletiva. Sendo assim, é a força das organizações para pressionar que dispara o processo negociador. O que se observa da prática reiterada é que em intervalos no mínimo anuais discute-se sobre remuneração. Muitos contratos coletivos básicos vigoram por vários anos, mas por vezes sofrem algumas modificações.

Os procedimentos de negociação são conduzidos com autonomia pelos representantes, o que decorre até mesmo do sistema parlamentarista adotado:

Deve-se ressaltar que todo o procedimento de negociação coletiva é conduzido por agentes da Administração Pública, diretamente ou por meio das entidades representativas, sem qualquer interferência oficial de parlamentares ou órgãos legislativos. E uma vez alcançando-se o consenso e concluído o contrato, este entra em vigor sem necessidade de qualquer aprovação pelo Legislativo. Certamente que o próprio regime parlamentarista, que vigora em todos os níveis de Poder na Alemanha, é, ao nosso ver, fator essencial do sucesso desta forma de funcionamento do sistema de contratação coletiva autônomo, pois os Governos contratantes são necessariamente detentores de apoio majoritário no Parlamento.<sup>346</sup>

Se a contratação levar a consequências financeiras, devem ser observadas as normas orçamentárias próprias. “A legislação financeira alemã leva em consideração esta possibilidade e estabelece diretivas com suficiente flexibilidade para permitir até mesmo a adaptação do orçamento a novas despesas decorrentes de contratos coletivos firmados no decorrer do exercício financeiro”<sup>347</sup>.

As despesas financeiras para o ano em curso ou para os exercícios posteriores dependem de concordância do ministro responsável pelas finanças. Assim, os representantes do Poder Público nas mesas de negociações agem conforme limites e diretivas previamente traçadas pelas instâncias governamentais.

---

<sup>346</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 349-350.

<sup>347</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 360.

Não há, contudo, necessidade de prévia autorização legal para comprometimento de receitas com limites definidos. Aliás, iniciativa deste tipo, entre eles, é reputada como inoportuna, “levando a que a margem de negociação em matéria remuneratória fosse de antemão conhecida”<sup>348</sup>. Deve, entretanto, existir concordância do ministro responsável pelas finanças em casos de despesas não previstas, justificadas por necessidades imprevistas e inafastáveis, com notificação ao Parlamento e ao Conselho Federal. As novas despesas devem ser compensadas pela redução em outras margens da mesma peça orçamentária<sup>349</sup>.

Contrariamente aos que argumentam que as restrições orçamentárias são empecilhos à negociação coletiva de agentes públicos, o autor cita o entendimento bastante diverso alemão:

Exatamente em função de todos os mecanismos existentes para retratar a vontade do Poder Público nas negociações e da flexibilidade estabelecida na legislação orçamentária para se fazer frente a comprometimentos de receita em virtude do negociado, o Tribunal Federal do Trabalho fixou o entendimento de que, se a Administração conclui acordo, não pode posteriormente negar-se a cumpri-lo alegando restrições orçamentárias. Fixou-se, assim, o princípio segundo o qual o direito do trabalho prevalece sobre o direito orçamentário (*“Arbeitsrecht bricht Haushaltsrecht”*). A inobservância dos preceitos financeiros deve levar a consequência para os órgãos e agentes federais culpados, mas não se podem voltar contra os empregados. Vê-se, portanto, a preocupação em se garantir negociação séria e de boa-fé por parte da Administração, sendo estes um dos motivos pelos quais o sistema de contratação coletiva permanece funcionando satisfatoriamente há décadas.<sup>350</sup>

Quanto aos limites materiais da negociação coletiva, não há uma pré-delimitação de quais assuntos estão excluídos da contratação. O Tribunal Constitucional Federal dispõe que somente o exame caso a caso pode estabelecer o que não é próprio da instância negocial, porém é certo que “existem determinadas

<sup>348</sup> Idem, ibidem, p. 361.

<sup>349</sup> O professor da UFMG cita uma prática curiosa na negociação: “É interessante registrar, no entanto, que o sistema acarreta praxe que, embora não seja ilegal, merece reflexão. Trata-se do fato, a nós relatado por envolvidos na negociação, tanto por parte dos sindicatos de empregados quanto pela Administração, de que o Governo procura, na confecção do orçamento, “esconder” em alguma outra rubrica, a verba necessária ao pagamento dos reajustes salariais em limites dentro dos quais se propõe a ceder na próxima negociação. Os sindicatos de servidores buscam, por seu turno, “descobrir” onde e qual o montante desta verba a ser futuramente usada para, oficialmente, “compensar” as despesas “imprevistas” com o reajuste remuneratório de pessoal. É preciso, no entanto, registrar que isto nem sempre leva ao controle da situação por qualquer das partes envolvidas e nem é fator de descrédito da negociação, que sempre pode levar a desdobramentos imprevisíveis no âmbito orçamentário, além de tratar de vários outros aspectos não influentes em matéria financeira” (Idem, ibidem, p. 362).

<sup>350</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 362.

tarefas de governo que, em virtude de sua transcendência política não podem ser genericamente extraídas da responsabilidade governamental e transferidas para instâncias independentes do Governo e do Parlamento”<sup>351</sup>.

As cláusulas normativas dos contratos coletivos vinculam os representados pelas entidades signatárias, mas pode o Ministério Federal do Trabalho estender a incidência aos não originariamente abarcados por eles, pela “declaração de obrigatoriedade geral”. Na prática, as entidades empregadoras da Administração, quando inexistente a declaração, fazem constar nos contratos individuais remissões às normas contratuais coletivas mesmo aos trabalhadores não sindicalizados, porém não podem fazê-lo de modo genérico, sob pena de ofensa ao princípio do primado das partes da contratação coletiva.

O princípio, previsto no § 75, V, na Lei Federal de Representação de Pessoal (da função pública no local de trabalho) determina que

remuneração e outras condições de trabalho, que estão reguladas ou costumeiramente são reguladas por contratos coletivos, não podem ser objeto de acordos por setor de trabalho, a não ser que o próprio convênio coletivo incidente sobre os respectivos setores acordantes expressamente permita-o.<sup>352</sup>

Aliás, esse princípio traz uma situação curiosa em relação aos empregados da iniciativa privada e ao que normalmente se conhece de Direito do Trabalho, que é o da primazia da norma mais benéfica:

Este primado da contratação coletiva sobre os acordos por setor de trabalho representa a única peculiaridade no relacionamento entre as fontes do direito do trabalho na função pública, que, no mais, tem a mesma configuração do setor privado. A hierarquia inicia-se pela Lei Fundamental, descendo para as leis ordinárias e regulamentos executivos, contratos coletivos, acordos por setor de trabalho (acordo de empresa, no setor privado), contratos individuais e, por fim, determinações unilaterais do empregador. Vale, porém, o princípio da norma mais benéfica para o empregado, segundo o qual a norma inferior, se mais benéfica para o empregado, tem precedência sobre a superior na hierarquia, a não ser que se trate esta de norma de ordem pública. Na função pública, porém, o primado da contratação coletiva afasta, nos termos do § 75 da Lei de Representação de Pessoal, o princípio da norma mais favorável na relação entre contrato coletivo e acordo por setor de trabalho.<sup>353</sup>

<sup>351</sup> Idem, ibidem, p. 362.

<sup>352</sup> Idem, ibidem, p. 352.

<sup>353</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema**

Os pactos coletivos produzidos têm força ultrativa, ao final de sua vigência, até que sejam revogados por outro contrato coletivo, acordo no local de serviço ou pelo próprio contrato individual de trabalho.

Devem ser mencionados alguns problemas enfrentados na negociação com os empregados públicos, especialmente porque o Estado exerce um “duplo papel”, isto é, exerce uma posição ambígua resultante de duas realidades jurídicas:

... O Estado, ao negociar e firmar contratos coletivos, atua como empregador, sendo todas as atividades neste âmbito realizadas pelos agentes administrativos, não pelos parlamentos. Outra realidade a se considerar é a bifurcação da função pública em funcionários estatutários e empregados públicos, estando aqueles proibidos de realizar greves. Daí surge o conflito da atuação do Estado, que ora age enquanto empregador, ora age como detentor de prerrogativas públicas (*Hoheitsträger*). Por vezes o Estado utiliza-se desta última condição para impor medidas que, a pretexto de atenderem ao interesse público, na verdade têm por objetivo ou, no mínimo, por consequência, o prejuízo à efetividade da contratação coletiva enquanto instrumento útil à livre determinação das condições de trabalho. Daí advém o desafio de delimitar a atuação do Estado-legislador em relação àquela do Estado-empregador, visando a garantir a existência útil da negociação coletiva.

As medidas geralmente apontadas como denunciadoras deste duplo papel do Estado são: a substituição de empregados grevistas por funcionários públicos; a utilização da lei como instrumento para se alcançarem objetivos não atingidos por via da negociação coletiva e até mesmo modificar contratos coletivos em vigor; a utilização casuística da prerrogativa de fixação unilateral dos vencimentos de funcionários estatutários como meio de prejudicar a negociação com os empregados públicos e, ainda, a substituição permanente de empregados por funcionários, visando a enfraquecer o poder de reivindicação daqueles nas negociações coletivas.<sup>354</sup>

Vê-se, portanto, que na Alemanha há uma situação de diferenciação entre o regime de trabalho na função pública e que em relação aos funcionários públicos existe um campo vasto para o progresso da negociação coletiva vinculante.

Na Itália, a liberdade dos servidores organizarem-se em sindicatos é resguardada desde 1947, no artigo 39.

As negociações coletivas, contudo, se davam de modo informal e desorganizado com os sindicatos exercendo grupos de pressão para a produção

---

da participação em Direito Administrativo. Tese cit., p. 352-353.

<sup>354</sup> Idem, ibidem, p. 353-354.

normativa, muito semelhante ao que ocorre, hoje, no Brasil.

Isso veio a mudar em 1983, com a introdução da negociação institucionalizada para a função pública estatal com a Lei 93, de 29/3/83, conhecida como “Lei Quadro”, alterada substancialmente pelo Decreto Legislativo 29, de 3/2/93.

Por esta lei, parte da disciplina da função pública, principalmente o aspecto econômico, e também alguns institutos relativos aos direitos e deveres do servidor, passaram a ser regulados por normas constantes de contratos coletivos, negociados entre representantes do Estado e os sindicatos dos servidores, sujeitos os contratos à posterior aprovação por decreto presidencial.

Este decreto, contudo, não realizava exame discricionário sobre o conteúdo da negociação, mas era simples controle final da legalidade e meio para se conferir eficácia “erga omnes”, até mesmo para dar abrangência dos termos acordados aos servidores não representados por sindicatos.

Ficavam excluídos da negociação aspectos organizatórios do Estado, como encargos atribuídos aos servidores, responsabilidade destes, a disciplina de relações entre os agentes e cidadãos públicos, além de procedimentos de acesso à função pública, dotações orçamentárias, garantia de liberdade de ensino e autonomia profissional no desenvolvimento de atividade didática, científica e de pesquisa.

Algumas categorias estão excluídas da negociação, tais como magistrados, membros do Ministério Público, procuradores do Estado, militares, policiais, integrantes do corpo diplomático e pessoal dirigente e equiparados.

A Lei Quadro, com a alteração de 1993, operou a chamada privatização da função pública, pela aproximação desta ao regime do emprego privado.

As contratações se dão em três níveis: contrato coletivo quadro, que é instrumento preliminar, com normas gerais para todos os setores em que se divide a



Administração Pública; contrato coletivo setorial, aplicável somente aos servidores de um respectivo setor; contratos coletivos descentralizados, para servidores de uma só unidade administrativa.

As matérias sujeitas à negociação nos contratos coletivos setoriais e contratos coletivos descentralizados são definidas no contrato quadro.

A Administração é representada nas negociações quadro e setoriais pela Agência de Representação Negocial, que é dotada de personalidade jurídica e é submetida ao controle da Presidência do Conselho de Ministros. A criação desta Agência visou afastar influências políticas das negociações e seu objetivo é o de “assegurar que a disciplina contratual e as remunerações dos servidores garantam o maior rendimento dos serviços públicos para a coletividade, com o menor ônus para esta”<sup>355</sup>.

Concluída a negociação, comunica-se o resultado ao Governo, no prazo de cinco dias. Em quinze dias deverá ocorrer a resposta. No silêncio, entende-se concedida a autorização. A autorização, expressa ou tácita, é submetida ao Controle de Corte de Contas, para verificação da legitimidade e compatibilidade econômica, no prazo de quinze dias. Em caso de necessidade de créditos adicionais, realiza-se autorização legislativa.

As normas dos contratos coletivos são estendidas aos trabalhadores não filiados.

Há a previsão de consulta das organizações sindicais a respeito de várias matérias para as quais não prevista a contratação, tais como organização interna da Administração, horário de trabalho, movimentação de pessoal e igualdade de oportunidades de trabalho.

Uma novidade da legislação italiana é a transferência para a Justiça Ordinária, setor trabalhista, da competência para decidir as controvérsias oriundas

---

<sup>355</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 373.

da relação de emprego público.

Luciana Bullamah Stoll cita, ainda, a experiência da Argentina que, em 1986, ratificou a convenção 151 da OIT, e em 1988, a convenção 154. No ano de 1992 foi aprovada a Lei n. 24.185, de *Negociación Colectiva en el Sector Público*. A negociação coletiva de servidores, no país vizinho, pode ser geral ou setorial e não será exercida sobre as seguintes matérias: “a) estrutura orgânica da Administração Pública; b) o princípio de direção do Estado; e c) o princípio de idoneidade como base do ingresso e da promoção na carreira administrativa”<sup>356</sup>.

Em relação aos acordos sobre condições econômicas, há necessidade de prévia complementação orçamentária. Do contrário a negociação será implementada para surtir efeitos no próximo exercício.

A vigência do acordo coletivo ocorre por meio de ato do Poder Executivo.

A autora cita, ainda, a previsão de um sistema de resolução de conflitos, denominado de *Comisión Permanente de Aplicación y Relaciones Laborales* (CoPAR), cuja função é interpretar os acordos coletivos e solucionar conflitos a pedido de uma das partes.

Menciona, outrossim, a experiência norte-americana, em que existe um órgão, desde 1970, encarregado de subsidiar decisões presidenciais acerca de política remuneratória do setor público. O *Pay Agent* é composto por representantes do Governo e por cinco representantes sindicais e tem função consultiva:

O Pay Agent recomenda um reajuste salarial ao presidente. Se a proposta for acatada, entra em vigor de imediato, e se o presidente faz uma proposta alternativa, a mesma tem que ser submetida ao Congresso. Se a proposta do presidente for rejeitada em uma das duas casas legislativas, a proposta original entra em vigor.

No entanto, os presidentes não deram efetividade ao sistema, tendo em vista o controle dos déficits federais.<sup>357</sup>

A autora destaca, também, o fato de a negociação coletiva do agente público,

<sup>356</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**. São Paulo: LTr, 2007. p. 128.

<sup>357</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**, cit., p. 129.

nos EUA, se dar de modo fragmentado, com participação de sindicatos locais ao lado de sindicato de representação geral. Há um tratamento diversificado da possibilidade da negociação coletiva pelos Estados da Federação. A maioria a permite para os grupos principais de empregados, uma boa parcela de Estados prevê negociação em todos os setores, porém em onze Estados não se permite nenhum tipo de negociação coletiva.

O sistema americano de regulação é elogiado pela capacidade de adaptação a diferentes realidades locais, com adequação a fatores distintos.

Com base no modelo canadense, notam-se alguns temas excluídos da negociação, que são:

a organização do serviço público, os processos de nomeação, avaliação, promoção e rebaixamento, transferência, designação de funções e classificação de funções. Questões relativas às aposentadorias e pensões são reservadas à lei, estando fora do âmbito da negociação coletiva.<sup>358</sup>

Observou-se, naquele país da América do Norte, uma tendência de centralização das negociações, com a formação de associações de empregadores públicos, o que funcionou como estratégia do Poder Público para controlar déficits dos gastos públicos.

Tendência em sentido contrário é apresentada na Inglaterra, em que, desde 1988, como o programa *Next Steps*, iniciou-se processo de descentralização, com criação de aproximadamente cem agências semiautônomas.

Na Inglaterra, o que se verifica é que não há distinção de tratamento entre trabalhadores dos setores público e privado e a negociação é meio largamente difundido. Entretanto, algumas categorias estão excluídas dela, como os trabalhadores da Polícia, guardas penitenciários, servidores do Parlamento, servidores públicos sênior, médicos, dentistas e juizes.

No Direito Português, há uma dubiedade doutrinária quanto à possibilidade de negociação coletiva no serviço público. Há quem afirme que o direito é

---

<sup>358</sup> Idem, ibidem, p. 130.

exclusivamente garantido ao trabalhador contratado sob regime de direito privado, tal qual ocorre na Alemanha.

Em Portugal, país que adota a liberdade sindical em sua plenitude, no artigo 55 da Constituição, dispõe-se, no artigo 56 desta, a respeito dos direitos das associações sindicais e contratação coletiva, o seguinte:

1. Compete às associações sindicais defender e promover a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores que representem.
2. Constituem direitos das associações sindicais:
  - a) Participar na elaboração da legislação do trabalho;
  - b) Participar na gestão das instituições de segurança social e outras organizações que visem satisfazer os interesses dos trabalhadores;
  - c) Pronunciar-se sobre os planos económico-sociais e acompanhar a sua execução;
  - d) Fazer-se representar nos organismos de concertação social, nos termos da lei;
  - e) Participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho.
3. Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei.
4. A lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções colectivas de trabalho, bem como à eficácia das respectivas normas.

Canotilho e Vital Moreira, sobre o direito à contratação coletiva de servidores públicos, consideram que o direito é resguardado somente àqueles que forem empregados públicos:

O direito de contratação colectiva assiste a todos os trabalhadores. Não estabelecendo o preceito qualquer discriminação, não pode aquele direito deixar de ser reconhecido a todos os que gozam, em geral, dos direitos dos trabalhadores (cfr nota III ao art. 53º), incluindo, portanto, também, os *trabalhadores da Administração pública* sujeitos a contratos de trabalho. A este propósito há que sublinhar que o direito de contratação colectiva não se satisfaz com um simples direito de negociação (cfr. Cód. Trab., arts 544º e ss.), pois aquele implica uma convenção entre duas partes, assumindo suas cláusulas eficácia normativa, sendo qualitativamente distinta de uma decisão unilateral de uma autoridade (ainda que precedida de negociações não vinculativas)”.

No entanto, no caso do regime da função pública, é evidente que ele se caracteriza essencialmente pela sua “natureza estatutária” (definição legal unilateral da relação de emprego) e não contratual, sendo portanto irreduzível e irreconduzível a esquemas convencionais de autorregulação bilateral colectiva. Por definição, não pode haver contratação colectiva em sentido próprio onde não há contrato de trabalho individual. Já não será incompatível com o regime da função pública um esquema de negociação colectiva, como mecanismos de participação na actividade administrativa,

que habilite a Administração a tomar as decisões.<sup>359</sup>

No entanto, não é unânime esse posicionamento, pois uma parte considerável da doutrina compreende que há um princípio da igualdade, estabelecido, entre outros dispositivos, no artigo 55 da Constituição, que coloca em mesmo nível os trabalhadores do setor privado e do setor público e que não há incompatibilidade da regulação da Administração com a garantia do direito à participação aos trabalhadores que a integram:

Constituindo a negociação colectiva uma liberdade dos funcionários que vincula directa e imediatamente a Administração (art. 18º, n. 1, da CRP), o poder de auto-organização que esta entidade dispõe (art. 202º, alínea *d*, da CRP) não exclui aquele direito, como o reconhecimento deste não é incompatível com o segundo. Na verdade, o direito de contratação colectiva integra o conteúdo essencial da liberdade sindical (art. 56º, n. 3, da CRP), pelo que a sua consagração obriga o legislador a criar as condições necessárias ao seu exercício efectivo, desiderato que, aliás, não se atinge com a previsão de uma mera faculdade de intervenção desprovida de qualquer efeito jurídico externo. Além disso, tal como seria inconstitucional aplicar um regime daquela natureza ao sector privado, assim a sua instituição no domínio da função pública é contrária não só às normas dos arts. 55º e 56º da CRP, como ao princípio da igualdade consagrado entre trabalhadores da Administração e do sector privado no domínio dos direitos fundamentais.<sup>360</sup>

O fato é que desde 1984, com a edição do Decreto-lei 45-A, permite-se a negociação coletiva, de modelo consultivo, na fixação das condições de trabalho na função pública.

Embora o Decreto-lei 45-A não tenha instituído, rigorosamente, o acordo produzido pela negociação coletiva como uma fonte de natureza convencional, eis que o artigo 5º, números 3 e 4, do diploma diz que o acordo vale somente como recomendação, é certo que os termos do convencionado influi no conteúdo do ato decisório unilateral da Administração ou da formação de uma espécie legislativa e, nesse sentido, possui força vinculativa mediata, pois predetermina o objeto da regulamentação a se expedir.

---

<sup>359</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. v. 1, p. 746-747.

<sup>360</sup> FERNANDES, Francisco Liberal. Autonomia Colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do modelo clássico de emprego público. In **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**. Coimbra, PT: Coimbra Editora, 1995. p. 157, nota 502.

Como diz Francisco Liberal Fernandes, “o princípio de que o acordo obtido entre a Administração e os sindicatos não tem força vinculativa (art. 5º, n. 3, *in fine*) vale apenas no domínio externo, ou seja, no âmbito das relações da Administração com os seus agentes individualmente considerados”.

E, mais adiante, o mesmo autor preleciona:

Este efeito vinculativo decorre do facto de a natureza fundamental do direito de contratação colectiva implicar para o legislador não só a obrigação de receber e incorporar em lei ou regulamento os acordos firmados com as organizações sindicais, como ainda de respeitar o próprio conteúdo pactuado, emanando legislação que o consagre. Por isso, o dever de negociar que recai sobre a Administração não é redutível a um mero acto procedimental; a força vinculante conferida a tais acordos não permite qualificar aquela obrigação como um simples pressuposto do exercício do poder de auto-organização da Administração (art. 202º, alínea *d*), da CRP). O Decreto-lei no. 45-A/84, institui um sistema em que cada uma das partes com competência para intervir na fixação da disciplina da função pública vê sacrificada parcialmente a sua esfera de autonomia. Assim, enquanto o direito de contratação colectiva dos agentes do Estado foi limitado em termos de eficácia e de âmbito (arts. 6º e 12º do Decreto-Lei n.º 45-A/84), a Administração vê restringido o seu poder discricionário relativamente ao conteúdo da disciplina que emite. Na verdade, embora em termos formais, a regulamentação do trabalho público continue a não ser expressão de verdadeira autonomia colectiva, o diploma que vier dar força de lei ao acordo obtido naquela sede já não é produto da livre valoração da autoridade que o emana.<sup>361</sup>

A crítica do mesmo autor ao não reconhecimento de negociação com efeitos vinculativos e imediatos persiste em outro ponto, eis que assume aquele direito como reflexo dos direitos de greve e de sindicalização do servidor público:

... Não deixa de haver uma certa contradição entre o reconhecimento do sindicalismo no sector administrativo e a existência de um monopólio legal de regulamentação do trabalho público. Por um lado, concebem-se os sindicatos como entidades representativas dos interesses colectivos dos agentes públicos e admite-se o recurso à greve como instrumento de resolução de conflitos laborais; por outro, retira-se a essas associações competência para interferir na fixação das condições de emprego, mesmo as de natureza económica, negando-se-lhes, desse modo, a possibilidade de eliminar por meios consensuais as causas geradoras de conflitos laborais. Ora, essa situação vem revelar que o actual sistema de relações sindicais na função pública se encontra desarticulado em aspectos fundamentais. De qualquer forma, uma lei como a actual não deixa de se mostrar contrária à CRP.<sup>362</sup>

<sup>361</sup> FERNANDES, Francisco Liberal. Autonomia Colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do modelo clássico de emprego público. In **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**, cit., p. 160.

<sup>362</sup> FERNANDES, Francisco Liberal. Autonomia Colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do modelo clássico de emprego público. In **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**, cit., p. 158.

### **11.11 Considerações a partir do Direito alienígena e modalidades de negociação coletiva de servidor público: negociação consultiva e negociação vinculante**

Algo que se pode perceber, com clareza, das experiências dos outros países, é a busca por um modo de aproximação no trato com a função pública, adotando formas ditas de um regime de contratualização em prol de uma uniformidade na relação entre servidor público e Estado e isto para a garantia dos direitos fundamentais inerentes à relação de trabalho:

A emancipação jurídica conferida pela ordem jurídica à situação profissional do agente do Estado fez com que o ramo do direito especialmente vocacionado para tutelar o trabalho dependente passasse a exercer influência directa sobre o regime da função pública. Neste contexto, o Direito do Trabalho surge imbuído de uma força expansiva que lhe confere uma posição de referente, senão mesmo de garantia, em tudo aquilo que se prende com os direitos fundamentais dos agentes da Administração. Daí a legitimidade para transpor regras e princípios daquele ramo do direito para o sector do emprego público.<sup>363</sup>

A divergência entre a predominância de um ou outro modelo tem a ver com a opção por uma Administração regida por princípios tradicionais de Direito Administrativo, muitos deles ultrapassados, como extensamente defendido, ou uma Administração voltada pela valorização dos direitos do trabalhador. O trecho abaixo revela justamente estas tendências contraditórias no âmbito do universo latinoamericano, pelas posições opostas manifestadas pelo professor de Direito Administrativo Allan Brewer-Carias, de Caracas, e o professor de Direito do Trabalho, Octavio Bueno Magano, da Universidade de São Paulo:

Dos concepciones antagónicas se han disputado en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y sus servidores. La tradicional, estatutaria, sostiene que se trata de una relación de Derecho Público y reclama su regulación para el Derecho Administrativo. En cambio, las tendencias inovadoras afirman que, en esencia, se trata de una relación de trabajo cuya regulación corresponde al Derecho Laboral. La adopción de una y otra posición tiene mucho que ver con la especialidad de los distintos autores. En general, los administrativistas se muestran muy celosos de mantener dentro de sus dominios una materia que buena parte de los laboristas, incluso aquellos tenidos como conservadores, tratan de arrastar a los suyos. Los criterios son expuestos, en ocasiones, en términos de una oposición total. Veamos las opiniones de dos eminentes juristas de América

---

<sup>363</sup> Idem, ibidem, p. 111.

Latina. Allan Brewer-Carias, Profesor de Derecho Administrativo en Caracas y quien dirigió la reforma administrativa durante el gobierno del Presidente Caldera, afirma de manera concluyente:

... en la actualidad nadie puede sostener válidamente que la relación jurídica que se establece entre el Estado y el funcionario público pueda tener una base contractual y mucho menos de Derecho Privado... Posición unánime en este aspecto del estatuto del funcionario público y sus relaciones con la administración es, por tanto, la de que dicha relación jurídica tiene una base estatutaria, es decir, una base reglamentaria, en la cual la situación del funcionario público está regulada en forma unilateral por el Estado.

Octavio Bueno Magano, Profesor de Derecho del Trabajo en São Paulo, sostiene lo contrario:

Sin ninguna pretensión de traer argumentos nuevos para aclarar la cuestión de saber si la concepción estatutaria debe prevalecer sobre la contractualista, nos atrevemos, no obstante, a registrar opinión en sentido de que la última se muestra más coetánea con la realidad de nuestra época. Primeiro, porque con la desmesurada ampliación de las actividades del Estado y la multiplicación de sus servidores, se torna extremadamente difícil mantener a éstos al margen de las conquistas de los empleados, de las empresas privadas, obtenidas a través de convenciones colectivas y huelgas. Resulta de ahí la tendencia al prevalecimiento de condiciones negociadas en detrimento de condiciones impuestas unilateralmente. Segundo, porque hay hoy, en el mundo occidental, inclinación manifiesta por el modelo democrático de preferencia al autoritario, lo que, a su turno, genera propensión a condiciones de trabajo negociadas, de preferencia a soluciones impuestas. Tercero, porque el abandono de la concepción estatutaria no significa que desaparezca la preeminencia del Estado en las relaciones con sus servidores, dado que se le reconoce el poder de escoger modelos contractuales exorbitantes del derecho común.<sup>364</sup>

Também Francisco Liberal Fernandes retrata a divergência instaurada no plano jurídico europeu sobre o tema e em Portugal, especificamente, desde o advento da Constituição de 1976:

A evolução social e jurídica verificada na Europa Ocidental, principalmente após a segunda grande guerra, veio introduzir uma crise na concepção tradicional de emprego público, dando origem a uma verdadeira divisão na ciência jurídica no que respeita à caracterização daquele vínculo. No caso português, tal alteração verificou-se a partir da Constituição de 1976. Assim, na doutrina nacional, uma corrente continua a defender nas suas linhas essenciais uma concepção clássica de funcionalismo público, enquanto outro sector perfilha a opinião de que o regime actual consagra um princípio de igualdade entre os agentes da Administração e os trabalhadores do sector empresarial. Segundo esta última concepção, estaríamos perante um regime laboral ou quase laboral da função pública, cujo modelo de referência seria a legislação comum do trabalho e o quadro sócio-económico em que se desenvolvem as relações privadas de trabalho.<sup>365</sup>

<sup>364</sup> ALVAREZ, Oscar Hernandez. In AVILÉS, Antonio Ojeda; URIARTE, Oscar Ermida (Eds.). **La Negociación colectiva en América Latina**. Madri: Edittorial Trotta – Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1993. p. 86.

<sup>365</sup> FERNANDES, Francisco Liberal. Autonomia Colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do modelo clássico de emprego público. In **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra**, cit., p. 23-24.



A tendência à aproximação expressa-se de diversos modos pelos países. No nosso país, a redação original do artigo 39, ora ressuscitada, aponta para um regime jurídico único entre os trabalhadores, o qual, a par da divergência doutrinária, não pode ser apenas o estatutário, até porque o próprio dispositivo em sua integralidade aponta para vários incisos do artigo 7º.

Na Alemanha, como visto, essa inclinação é revelada pelas intensas críticas feitas pelo movimento sindical em face da postura do Poder Público de impor ao invés de negociar, o que não ocorre para os trabalhadores contratados em regime contratual.

Na Constituição portuguesa, como ressalta Francisco Liberal Fernandes, a observância a um princípio da igualdade entre os trabalhadores impede a divergência de tratamento somente pelo fato de figurar no polo do tomador da mão de obra a Administração Pública:

Um dos elementos que está na base das profundas inovações inscritas na CRP relativamente ao emprego público decorre da classificação dos agentes do Estado como trabalhadores (art. 269º, n. 1, da CRP) no sentido dos arts. 53º e segs da mesma lei.

... o conceito de trabalhador adoptado pela lei fundamental na parte relativa aos direitos fundamentais dos trabalhadores (arts. 53º e segs) é idêntico ao usado em Direito do Trabalho, abrangendo, por isso, as pessoas físicas que, contra uma retribuição, prestam actividade de trabalho sob a autoridade e direcção de outrem. Ora, o modo como a noção se encontra localizada no texto constitucional reforça a convicção de que o legislador constituinte não limitou a respectiva aplicação ao sector privado ou empresarial. Por conseguinte, de acordo com a CRP, a classificação de uma pessoa como trabalhador para efeitos de definir a respectiva posição relativamente ao âmbito subjectivo dos direitos fundamentais dos trabalhadores é válida tanto para o sector privado como público, sendo, por isso, indiferente a natureza do vínculo que a enquadre.

Assim, enquanto as relações incluídas no âmbito da função pública se caracterizam fundamentalmente pelo vínculo de subordinação jurídica, nos cargos públicos não existe qualquer dependência jurídico-laboral do agente relativamente à direcção do órgão, mas antes relações de confiança política ou pessoal, de representação, de mandato, de requisição ou de comissão de serviço. Esta diferenciação significa que as normas da CRP sobre os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores são originariamente aplicáveis apenas aos agentes abrangidos pelas relações de serviço, porquanto no cargo público não se verifica a situação de dependência técnico-jurídica do particular, ou seja, o pressuposto que condiciona a aplicação das normas constitucionais sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores.

No debate havido na Assembleia Constituinte relativamente à proposta que veio originar o primitivo artigo 270º (actualmente art. 269º, após a 1ª revisão

constitucional), era predominante a convicção de que os direitos constitucionais dos trabalhadores deviam ser reconhecidos a “todas as pessoas que operavam na sociedade portuguesa”. As divergências então manifestadas diziam apenas respeito ao âmbito de exercício de tais direitos; neste aspecto, não havia unanimidade dos deputados quanto ao princípio da equiparação automática entre aquelas duas categorias de trabalhadores. Porém, a votação que acabou por vencer foi no sentido do reconhecimento dessa mesma igualdade.

A 1ª revisão da CRP acabou por dissipar as dúvidas anteriormente manifestadas, de tal modo que o sentido da votação que vencera na primeira Assembleia Constituinte acabou por ser confirmado. Na verdade, a mudança da expressão *funcionários e agentes do Estado para trabalhadores da Administração e demais agentes do Estado* teve por objectivo clarificar em termos definitivos a posição dos agentes do Estado em face das normas sobre os direitos fundamentais dos trabalhadores. Relativamente a este problema, a alteração introduzida veio reafirmar a igualdade originariamente consagrada neste domínio entre os trabalhadores dos sectores público e privado.

Essa modificação teve assim um duplo significado: por um lado, pôs termo à dicotomia trabalhadores-funcionários; além disso, retirou do texto constitucional a expressão que poria obstáculos à equiparação entre trabalhadores da Administração e do sector empresarial em matéria de exercício de direitos fundamentais. Por outro lado, ao transpor o conceito de trabalhador para o sector da função pública, o legislador constituinte acabou por privar de sentido útil a tradicional divisão entre agentes funcionários e agentes não funcionários.

Assim, qualquer diferenciação que actualmente se pretenda introduzir no sector da função pública no que respeita ao regime dos direitos fundamentais dos trabalhadores terá de partir de um outro conceito de profissionalidade, precisamente aquele que permite distinguir entre agentes trabalhadores e agentes não trabalhadores. Assim, são trabalhadores todas as pessoas que “exercem uma profissão da qual vivem habitualmente e, por isso, dela se encontram economicamente dependentes, nos casos em que as condições do seu exercício são definidas por outrem que não por cada um dos respectivos profissionais ou por todos em conjunto.

Também na Constituição brasileira é possível a defesa de que a expressão “trabalhador”, disposta no “caput” do artigo 7º compreende o trabalhador em suas diversas espécies e não se restringe ao trabalhador sob o estatuto da Consolidação das Leis do Trabalho. Há ali um parâmetro civilizatório mínimo, tendente à promoção da dignidade do trabalhador e do valor trabalho e que espelha a tendência de universalização dos direitos e ampliação de sua abrangência, isto é, também para servidores públicos, autônomos etc.

Da experiência do Direito alienígena é perceptível, igualmente, a possibilidade de a negociação coletiva ser utilizada para fixação de regras mediante dois modelos, o consultivo e o vinculante.

Conforme Florivaldo Dutra de Araújo,

por negociação consultiva ou, simplesmente, consulta, fazemos referência apenas àquelas que não levam à obrigatoriedade de a Administração alcançar um consenso com os representantes dos servidores, podendo, depois de ouvi-los, decretar as medidas que entender cabíveis, caso possua competência para fazê-lo, ou enviar ao Legislativo o respectivo Projeto contendo as regras que desejar. O fato de não haver obrigação de se chegar ao consenso não pode ser razão para desprezar sua validade, desde que se exijam alguns comportamentos que possam caracterizar a obrigatoriedade de consideração das reivindicações apresentadas. A negociação vinculante é aquela em que se tem de buscar um acordo, cabendo ao Poder Público fixar, em contrato ou ato administrativo meramente controlador, o conteúdo deste consenso. A negociação pode ser também parcialmente vinculante, quando obriga a Administração a acatar o acordado em mesa de negociação para se tornar conteúdo de projeto de lei, mas sem que o Legislador fique vinculado à sua aprovação.<sup>366</sup>

Como lembra o mesmo autor, citando Canotilho, a participação pode ocorrer em três graus:

(1) participação não vinculante, ou seja, participação nos processos de decisão, mas apenas através de informações, propostas, exposições, protestos, etc.; (2) participação vinculante significa participação na própria tomada de decisão e, conseqüentemente, limitação do poder de direcção tradicional (participação, por ex, em conselhos de gestão); (3) participação vinculante e autónoma (autogestão) quando se trata de uma substituição pura e simples do poder de direcção tradicional para outros poderes dentro do respectivo sistema (administração autónoma).<sup>367</sup>

A primeira espécie corresponde à negociação consultiva e as outras duas à negociação vinculante. É certo que não se pode dizer que ocorra verdadeira autogestão no procedimento da negociação, mas em alguns casos, como no exemplo italiano, a contratualização da função pública e a pouca interferência de uma autoridade controladora a fazem situar em um meio termo entre uma participação vinculante e uma vinculante e autónoma. Na Administração Pública, seria pouco provável um modelo puro de negociação autónoma, em face da necessidade de controle social e exame de legalidade.

O modelo de negociação consultiva é próprio de regimes de função pública baseados em prerrogativa unilateral do Poder Público, em que há uma concepção tradicional de regime estatutário, porém acrescenta-se a possibilidade de se ouvir o representante dos servidores.

<sup>366</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 384.

<sup>367</sup> Idem, ibidem, p. 384.

Entretanto, há de se ter em mente que nem todos os temas da relação entre o servidor e o Estado se abrem à negociação coletiva com efeitos vinculantes.

Não seria apropriado dotar de efeitos dispositivos assuntos relativos à organização da Administração Pública, relações entre servidores e cidadãos e responsabilidade dos agentes administrativos<sup>368</sup>. Mesmo assim, contudo, não ficam excluídos o diálogo e a opinião mediante procedimentos de consulta, até mesmo para servirem de pauta para o exercício discricionário na decisão unilateral da Administração, ou para orientação da atuação do Legislativo<sup>369</sup>.

Para Florivaldo Dutra de Araújo,

a negociação consultiva poderá ter como objetivo a formulação de atos administrativos regulamentares relativos à situação dos servidores, principalmente decretos, expedidos com base na competência prevista no art. 84, IV, CF e regras similares dos Estados e Municípios; ou visará à elaboração de projetos de lei a serem remetidos ao Parlamento. Neste caso, resulta da negociação a eficácia obrigacional do acordo, impondo à Administração apresentar os termos do projeto consensualmente formulado ao Parlamento.<sup>370</sup>

Particularmente, como antes exposto, pensa-se que mesmo nas situações do decreto regulamentar do artigo 84, IV, é possível a negociação com efeitos vinculantes, isto porque há espaço, mesmo nesse dispositivo, para o exercício de função normativa pelo Poder Público.

Como antes mencionado, na hipótese do decreto regulamentar, prevalece a primazia à lei, porém isso não implica que aquele instrumento apenas repita a lei, tornando-se inútil. O que deve ocorrer é uma relação de compatibilidade, segundo a qual não se impede a atividade normativa, inclusive, a que ocorrer como fruto da

---

<sup>368</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 416.

<sup>369</sup> “Na esfera do Legislativo, pode-se também admitir algum tipo de interferência, legalmente regulada, das entidades representativas dos servidores no debate de projetos de lei, visando ao convencimento dos parlamentares” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 416). Pode-se pensar, também, na composição da mesa de negociação entre servidores e Poder Público de representantes do Poder Legislativo, de modo que houvesse uma maior vinculação nos debates legislativos.

<sup>370</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 417.

negociação coletiva.

Na realidade administrativa moderna e na convivência com uma sociedade de relações complexas é difícil imaginar que o Executivo, no uso de seu poder regulamentar, não exerça concomitantemente um poder normativo. Se este exercício acaba por ser inevitável, por que não fazê-lo mediante a negociação coletiva na modalidade vinculante naquilo que não contrariar a primazia da lei? Se possível, a via democrática deverá sempre ser a primeira opção.

Quando do decreto autônomo do artigo 84, VI, acredita-se não ser vedado o uso da negociação, com efeito vinculante, em caso de a matéria versar sobre organização e funcionamento da administração se ino correr aumento de despesa ou, ainda, na hipótese de extinção de funções. Entretanto, para a extinção de cargos públicos, quando vagos, ou para extinção de órgãos da Administração pública, o meio correto é o da negociação consultiva, eis que há reserva legal (artigo 48, X e XII, interpretado em conjunto com o artigo 84, VI, “a” e “b”).

O que se deve resguardar em caso de negociação consultiva é que o procedimento não seja apenas formal, mas que seja um item obrigatório capaz de influir no juízo discricionário do Administrador e, se possível, contar com a participação de representantes do Legislativo, para que as conjunturas políticas, especialmente um certo costume de blocos de oposição posicionarem-se sistematicamente contrários a projetos enviados pela situação, independente de seu conteúdo e legitimidade.

Quanto ao uso da negociação vinculante, parece claro que esta se sujeita a limitações do texto constitucional. Do mesmo modo, se a matéria não disser respeito à relação funcional entre servidor e Estado, não seria o caso de negociação com efeito vinculante, embora possam ocorrer modalidades de consulta.

Uma equação boa, portanto, seria a de estabelecer-se na relação de serviço a maior ênfase na negociação vinculante, observadas as limitações materiais, inclusive orçamentárias, e na relação orgânica, funcional, uma maior ênfase na negociação consultiva, observadas, de qualquer modo, as limitações materiais.

Não há como se fixar um raciocínio binário de que sempre em casos de reserva legal a negociação deverá ser somente consultiva, podendo estabelecer-se novas formas de exercício dos poderes administrativo e legislativo. Como visto, mesmo em situações de expedição de decretos regulamentadores, a observância à primazia da lei não é incompatibilizada com a função normativa da Administração.

Independente de lei, como dito, há matérias que podem se abrir à negociação coletiva com caráter vinculante. Vale repetir o exposto por Luciana Bullamah Stoll:

Em primeiro lugar, deve ficar esclarecido que a negociação coletiva não se restringe à questão de valores remuneratórios. Ora, a negociação coletiva envolve também questões ligadas às condições dos trabalhadores, o que se aplica, igualmente, aos funcionários públicos. Nesse sentido, também podem ser objeto de negociação a forma de desempenho das funções, as condições nas quais elas se dão, a atuação das pessoas políticas na prestação dos serviços, especialmente quando se cuida de atividades públicas, dentre outros temas recorrentes que ocupam e preocupam igualmente a categoria.

A busca de melhores condições de trabalho é finalidade preeminente da entidade sindical, não sendo apenas de cunho remuneratório. Em outras palavras, a negociação coletiva não objetiva apenas resolver questões pecuniárias, mas também disciplinar outras situações não regradas pela lei. No que se refere às limitações de gastos e ao teto remuneratório, são imposições que limitam reajustes e concessões de vantagens, mas não as impedem em condições normais de sanidade do erário, bem como a negociação de outras condições de trabalho, como flexibilização de jornada de trabalho (art. 7º, XIII e art. 39, § 3º, CF).<sup>371</sup>

Também Florivaldo Dutra de Araújo arrola temas que não demandariam previsão legal específica:

Observados os limites constitucionais já registrados, o objeto da negociação e, conseqüentemente, o conteúdo do contrato coletivo, pode estender-se a diversos temas, de modo algum se restringindo ao aspecto remuneratório. A formação profissional, a mobilidade nas carreiras, as modalidades de avaliação, as condições nas quais se realizam os serviços, as possibilidades de melhoria da eficácia e modernização destes, tudo isto pode ser incluído no conteúdo contratual. Aspecto interessante que demonstra o benefício capaz de obter a Administração com tal forma de normatizar as relações com os servidores é a possibilidade de fixação de metas de eficiência no serviço público como condição do deferimento ou continuidade da percepção de certas vantagens, o que pode ser contratado desde níveis mais altos até órgãos menores do Poder Público, em processo de descentralização do procedimento contratual. Assim poder-se-ia flexibilizar a gestão de pessoal, afastando-se muita rigidez burocrática e contribuindo para a renovação das relações de trabalho na função pública.<sup>372</sup>

<sup>371</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação coletiva no setor público**, cit., p. 117.

<sup>372</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema**

Luísa Cristina Pinto e Netto, após destacar que é necessária uma lei-base para disciplinar como se dará a negociação coletiva, quais as matérias passíveis de força vinculante e outros assuntos, ressalta que é possível relegar-se vários assuntos ao regime de disciplina contratual (individual ou coletiva):

Matérias como a remuneração e outros assuntos pecuniários, por exemplo, podem ser deixados a cargo das partes para serem equacionados contratualmente, sem perder de vista as imposições constitucionais a respeito. Mas não só tais matérias. Pode-se pensar em disciplinar contratualmente, tendo em vista as balizas estabelecidas na “lei base”, progressão na carreira, horário de trabalho, avaliação de produtividade, remuneração diferenciada em virtude de produtividade, qualificação profissional etc.<sup>373</sup>

Um assunto que, sem dúvida, pode ser disciplinado por negociação coletiva sem a exigência da reserva legal é o de solução de questões atinentes à segurança e à medicina do trabalho. A melhoria da ergonomia, a eliminação e a redução de agentes insalubres e perigosos; a disciplina de situações de penosidade que gerem direito à indenização para os servidores que operem nessas condições; a fiscalização sobre o trabalho em condições impróprias; em tudo isso e numa diversidade de outros assuntos, a atuação do sindicato profissional dos servidores pode obter avanços junto à Administração, com a formação de atos de conteúdo concreto e vinculante, independente da expedição de uma lei específica.

Aliás, como decorrência da natureza jurídica do direito à negociação coletiva, pelo servidor público, como direito fundamental e princípio constitucional implícitos, e em razão da aplicabilidade imediata, torna-se despicienda a emissão de lei específica para o exercício do direito. Entretanto, é justificado acreditar que se a negociação configura um procedimento institucionalizado e não informal, de regras claras e eficientes, deverá a Administração, ainda que na ausência de lei, regulamentar a utilização da via democrática, e, se possível, conclamar a participação de integrantes do Legislativo nas mesas de negociação, a fim de ampliar a eficácia e legitimidade do procedimento em situações dependentes da reserva legal.

---

da participação em Direito Administrativo. Tese cit., p. 425-426.

<sup>373</sup> NETTO, Luísa Cristina e. A contratualização da função pública, cit., p. 287.

O Direito estrangeiro fornece, também, a possibilidade de união de pessoas jurídicas de Direito Público, a fim de se facilitar e uniformizar o procedimento da negociação. Assim, a formação de associações não chegaria a ofender a autonomia, por exemplo, dos entes federativos que poderiam servir-se da união entre si, como relatam as experiências alemã e canadense.

Certamente só é viável essa liberdade de organização em um regime de liberdade sindical que não se prenda a noções de categoria, como sucede no âmbito da economia privada, e de unicidade sindical.

Nesse sentido, sem qualquer pretensão de esmiuçar aqui a complicada questão de saber como se formam as entidades profissionais na seara da Administração Pública, se há que se observar o comando do artigo 8º, II, da Constituição Federal, o fato é que, na prática, apesar da resistência à admissão da integral liberdade sindical na iniciativa privada, percebe-se que, no setor público, dá-se o contrário, pois os sindicatos e associações se formam espontaneamente, conforme os interesses comuns de associados.

Sem as limitações do artigo 8º, II, inexistiriam óbices às múltiplas formas de representação do Poder Público, desde que assegurado idêntico tratamento às entidades sindicais representativas dos servidores.

A eficácia da negociação coletiva, contudo, não deveria prender-se ao universo dos associados do sindicato, mas, a exemplo da extensão de efeitos que acontece em outros países, dirigir-se à totalidade dos servidores, a fim de se garantir a isonomia e a impessoalidade no tratamento da Administração para com os seus trabalhadores.

Outro exemplo alienígena é a possibilidade de a negociação realizar-se em mais de um nível e de forma descentralizada.

Para os aspectos gerais da função pública e atingindo todos os servidores ocorreria a negociação geral.



Ao mesmo tempo, ou sucessivamente, poderiam acontecer negociações por setores de trabalho, de modo que fosse possível flexibilizar a gestão administrativa, como ocorre, exemplificativamente, na Itália ou na Espanha. As negociações setoriais permitiriam flexibilizar a gestão administrativa, com a delimitação de parâmetros gerais no acordo geral.

Porém, não se pode descuidar dos riscos que a descentralização da negociação na função pública pode representar, como alerta a OIT:

A tendência a desenvolver a administração de pessoal e a cada vez maior flexibilidade que se concede à determinação das remunerações tem tido como consequência uma notável descentralização do processo de negociação coletiva. Nos Países Baixos, por exemplo, planeja-se de modo que somente as questões de pensões e de seguridade social podem ser discutidas de maneira centralizada. A negociação descentralizada está em aumento na Austrália, nos países nórdicos, Itália, Espanha e Reino Unido, enquanto que a determinação centralizada persiste na França, Alemanha e Japão. A Administração Pública do Reino Unido, por exemplo, está fomentando o emprego de novos métodos para determinar a remuneração, que respondem ao desejo dos empregados individuais para negociar seus próprios termos e condições, e para tomar plenamente em conta as circunstâncias da empresa. As repercussões da negociação coletiva flexível, em particular quando se separam da negociação coletiva e se dirigem a uma negociação coletiva mais individualizada, poderiam ter repercussões muito amplas e de fato atuam mais contra melhores relações de trabalho e de consulta, do que em favor destas.<sup>374</sup>

Quanto aos princípios aplicáveis à negociação coletiva entre servidores públicos, pode-se, com base na doutrina do espanhol Miguel Sánchez Morón, e considerada a realidade do Direito pátrio e outros pontos defendidos nesta dissertação, mencionar-se: o princípio da juridicidade (e não exclusiva observância à legalidade); o princípio da cobertura orçamentária, com o respeito à previsão orçamentária como limite material da negociação em casos de impacto financeiro; princípio da obrigatoriedade de negociação; princípio da boa-fé; princípio da publicidade.

Florivaldo Dutra de Araújo, a respeito dos princípios, relaciona: o princípio da audiência dos interessados, que obriga o Poder Público a considerar as

---

<sup>374</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 407-408, a respeito da REUNIÓN PARITARIA SOBRE LA INCIDENCIA DEL AJUSTE ESTRUCTURAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS (EFICACIA, MEJORA DE LA CALIDAD Y CONDICIONES DE TRABAJO, de 1995.

reivindicações e suas justificativas, apresentadas pelos sindicatos representativos dos interesses dos servidores; princípio da acessibilidade aos elementos do expediente, em que decorre a necessidade de prestação de informações; princípio da verdade material, que obriga o Poder Público a buscar os fatos reais que venham a fundamentar sua orientação na mesa de negociações; princípio da representação e assistência, segundo o qual os sindicatos representativos dos servidores têm o direito de conferir a advogados, economistas e outros assessores técnicos a função de assessorá-los e representá-los na elaboração e assinatura de acordos; princípio da lealdade e boa-fé; princípio da motivação, que obriga o Poder Público a explicitar as razões de seus posicionamentos no decorrer do procedimento, o que vale tanto para a negociação vinculante quanto para a consultiva; o princípio do informalismo, pelo qual não se deve prender a rigorismos formais sem fundamento legal cogente, de onde se conclui que as formas são instrumentais, mas não a ponto de se conduzir a um procedimento político ou informal.

Com supedâneo nos princípios enfocados no item 10 deste trabalho, acredita-se que poderá ocorrer sua transposição para a negociação coletiva na função pública, notadamente se admitido seu caráter de instituto da Teoria Geral do Direito.

Deste modo, deverão ser observados os princípios da boa-fé, da informação, da razoabilidade ou adequação e da compulsoriedade negocial. O destaque, como também antes exposto, deverá ser o do princípio da boa-fé. Além do mais, pressuposto básico para uma negociação válida é a igualdade real entre os representantes. Não seria despropositado crer que uma negociação sem que essa igualdade ocorresse pudesse acontecer, como pugnado antes em relação à negociação em área privada, o vício da lesão.

Aliás, a desigualdade entre Administração e servidor de maneira alguma pode prevalecer em mesa de negociação, a fim de que esta configure procedimento sério e eficaz.

Deste modo, a fim de se garantir a isonomia, seria recomendável desenvolver-se também entre nós algo assemelhado à doutrina dos atos próprios,

responsabilizando-se o agente representativo do Poder Público pelas decisões tomadas e impingindo-lhe a capacidade plena de negociar, sem postergações que pudessem inviabilizar o procedimento ou torná-lo de fachada.

Outra controvérsia advinda do exemplo estrangeiro, notadamente do alemão, é a necessidade de que ocorra limitação ao exercício do Poder Legislativo para modificar contrato coletivo vigente, sob pena de tornar-se despropositado todo o procedimento. Pode ser que aí esteja mais uma hipótese de exceção ao princípio da reserva legal. Contudo, como conciliar o exercício da negociação coletiva sem limitar-se o mais tradicional e natural exemplo de democracia representativa, que é a função legislativa?

Florivaldo Dutra de Araújo sugere a previsão, em lei complementar, das situações possíveis de alteração do pactuado, apesar de mesmo aí não se poder descartar o uso pervertido do instrumento:

Como não se pode, por meio de contrato, restringir ou condicionar a prerrogativa legiferante do Parlamento, o ideal seria a fixação do regime jurídico-legal dos servidores, prevendo-se os parâmetros da contratação coletiva e da alteração das cláusulas pactuadas em lei complementar, cujo pressuposto de maioria parlamentar absoluta para aprovação serviria ao objetivo de tornar mais estável o perfil da contratação. Assim, evitar-se-ia também a utilização da lei ordinária como sucedâneo do contrato coletivo, fenômeno já analisado a propósito do direito alemão, impedindo-se que o Poder Público possa lançar mão da competência legislativa ordinária como meio de pressão na mesa de negociações. Por certo que também a competência para elaborar as leis complementares pode ser pervertida desta forma, porém, com menor probabilidade de êxito. Trata-se de solução possível no sistema jurídico brasileiro, mas não no alemão, no qual inexistente a figura da lei complementar.<sup>375</sup>

O problema, como é perceptível, não é de fácil solução, pois assim como a função legislativa, por amplos fatores já expostos, é passível de desvirtuamentos, a ponto de se falar em “crise da lei”, não há como impor a solução de modo absoluto, pela via negociada, pois esta também pode sofrer algum tipo de corruptela. Do lado oposto, entretanto, o ilimitado exercício da função legislativa pode levar a nada o procedimento da negociação consultiva, simplesmente por criar-se uma lei de

---

<sup>375</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 429.

ocasião, para barrar os efeitos da contratação.

Dependendo do enfoque que se der, acredita-se que a questão pode ser resolvida pela aplicação do critério da norma mais favorável e pela observância de que os pactos resultantes da negociação coletiva terão um prazo predeterminado de vigência, após o qual as cláusulas ou deixam de valer (súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho) ou têm efeito ultrativo até modificação posterior.

Quando da vigência do instrumento coletivo, se editada uma lei em sentido diverso, haveria, em realidade, um conflito de normas resolvível pela aplicação da norma mais benéfica, a não ser que houvesse uma condição que impedisse totalmente à observância da cláusula “rebus sic stantibus”.

Como se nota, parte-se do pressuposto de que o modelo de negociação coletiva brasileiro não seja de “normatização privatística subordinada”, mas o da “normatização autônoma e privatística”, para lembrar expressões de Maurício Godinho Delgado<sup>376</sup>. Isto, ao menos, enquanto da duração dos pactos coletivos.

Uma última recomendação é relacionada aos casos em que a negociação coletiva envolver impactos financeiros, hipótese em que deverá ser realizada previamente à elaboração do orçamento.

Florivaldo Dutra de Araújo advoga a tese de que nos casos de negociação com impacto financeiro no mesmo exercício financeiro, ou no seguinte, há sujeição a uma condição suspensiva.

Com todo respeito, pensa-se que acontecerá condição suspensiva caso a previsão do acordo seja para vigorar no mesmo exercício vigente, situação em que não haveria prévia dotação orçamentária, mas a necessidade de um crédito adicional.

Quando a negociação tiver efeitos que recairão sobre exercício vindouro, não poderia ocorrer condição suspensiva, sob pena de invalidar-se o procedimento da

---

<sup>376</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 100-101.

negociação. Ora, se o Poder Público aceitou transigir a respeito de determinado assunto é porque seus representantes receberam as devidas autorizações para fazê-lo. Não poderia o Poder Legislativo simplesmente e imotivadamente recusar-se a implementar a inclusão orçamentária do impacto financeiro. Vale aqui a necessidade de obedecer-se a uma doutrina dos atos próprios, tal qual o Direito espanhol, ou mesmo o que acontece no Direito alemão em que o Direito do Trabalho tem precedência sobre as normas orçamentárias<sup>377</sup>.

O que deverá ocorrer, indubitavelmente, é a observância das normas constitucionais e legais específicas para os gastos, porém isso não trata, a rigor, de imposição de condição suspensiva, mas de limitação da atividade legislativa, assim como ocorre com os Poderes Judiciário e Executivo. Essa limitação, contudo, deverá durante todo o procedimento de negociação ser observada, com a devida transparência e boa-fé como modo de operacionalizá-la sem maiores dúvidas.

Ademais, como enfatizado pelo próprio Florivaldo Dutra de Araújo, é necessário um controle democrático da negociação, o que configura modo de deslindar-se a questão:

Para além do controle exercível pelo Poder Judiciário, o procedimento de negociação também deve ser objeto de controle por meio de outras instâncias representativas da coletividade, sejam estas entidades sindicais, sejam organizações da sociedade civil.

Quanto ao Poder Público, no seu interior devem funcionar mecanismos de controle que possibilitem garantir venha a negociação com os servidores manter-se nos limites da legalidade e do interesse público. É de todo conveniente que as tratativas sejam acompanhadas pelo Ministério Público, dada sua função de defesa dos interesses difusos da coletividade. Também deve ser considerada a atuação do Tribunal de Contas, responsável pela fiscalização das contas públicas. Estes órgãos devem agir não só depois de concluído o acordo, mas também preventivamente, apontando possíveis irregularidades e sugerindo rumos legais, sendo de todo desejável a definição legal desta atuação.

Nos casos em que a negociação possa levar à necessidade de alterações

---

<sup>377</sup> “Exatamente em função de todos os mecanismos existentes para retratar a vontade do Poder Público nas negociações e da flexibilidade estabelecida na legislação orçamentária para se fazer frente a comprometimentos de receita em virtude do negociado, o Tribunal Federal do Trabalho fixou o entendimento de que, se a Administração conclui acordo, não pode posteriormente negar-se a cumpri-lo alegando restrições orçamentárias. Fixou-se, assim, o princípio segundo o qual o direito do trabalho prevalece sobre o direito orçamentário (*“Arbeitsrecht bricht Haushaltsrecht”*). A inobservância dos preceitos financeiros deve levar a consequência para os órgãos e agentes federais culpados, mas não se podem voltar contra os empregados. Vê-se, portanto, a preocupação em se garantir negociação séria e de boa-fé por parte da Administração, sendo estes um dos motivos pelos quais o sistema de contratação coletiva permanece funcionando satisfatoriamente há décadas (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 362).

ou suplementações orçamentárias, bem como naqueles em que as conversações visem apenas à formulação de projeto de lei a ser enviado ao Legislativo, o ideal seria a existência de comissão parlamentar representativa que acompanhasse o desenrolar da negociação, visando a agilizar o trâmite posterior da proposta ao Parlamento, bem como oferecer subsídios para a decisão dos parlamentares. Tal ocorreria sem prejuízo da prerrogativa de fiscalização dos acordos concluídos diretamente entre a Administração e os sindicatos de servidores, competência já incluída no genérico poder de controle dos atos executivos (art. 49, X, CF).<sup>378</sup>

### 11.12 Experiências do Direito interno

As experiências em negociação coletiva envolvendo trabalhadores públicos civis no Brasil ainda estão em fase embrionária. No entanto, ainda assim, a ideia vem ganhando corpo e foi adotada pelo Governo Federal desde o ano 2.003, de acordo com modelos e práticas desenvolvidas em alguns Municípios e Estado, especialmente naqueles em que o Partido dos Trabalhadores assumiu o poder político. Não raras vezes, entretanto, a adoção prática da negociação enfrentou problemas, alguns deles relacionados à confusão dos papéis entre os integrantes do Governo, emigrados do meio sindical e os representantes dos trabalhadores, que não concebiam que pudessem antigos sindicalistas mudar de papel quando no exercício da representação política do Governo.

Como explanado por Douglas Gerson Braga<sup>379</sup>, a concepção da negociação coletiva entre nós foi desenvolvida a partir dos anos oitenta, pelo sindicalismo da CUT, como desdobramento de um sistema democrático de relações de trabalho. Neste contexto, a experiência pioneira ocorreu com o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público – IAMSPE-SP, em 1989, com a instalação de um sistema permanente de negociação.

Obra de grande interesse histórico sobre o assunto ora tratado, que revelou as diversas contradições e dificuldades enfrentadas nas tentativas de por em prática a negociação coletiva no serviço público em nossa pátria, foi a apresentada por Eliane Cruz com o título “Saudações a quem tem coragem – dez experiências de

---

<sup>378</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese cit., p. 435-436.

<sup>379</sup> BRAGA, Douglas Gerson. **Cartilha da Negociação Coletiva de Trabalho no Setor Público**. São Paulo: ISP Brasil, 2002. p. 18.

negociação sindical no setor público”<sup>380</sup>.

Aludida autora ressaltou, anteriormente às experiências do IAMSPE-SP, o sistema de negociação centralizada promovida pelo governo de André Franco Montoro, no período de 1983 a 1986. À época de Franco Montoro, oriundo do PMDB paulista, o governo estadual havia instituído um regime de negociação com os servidores, com a instalação de uma Comissão de Política Salarial, da qual participava todo o secretariado e cuja coordenação cabia a Almir Pazzianoto, então Secretário das Relações de Trabalho. O sistema instituído à época do governo Montoro conseguiu por ordem às negociações, pois existiam no início mais de setenta entidades representativas de trabalhadores que dificultavam a entabulação de acordos. Durante esse período formou-se um grupo menor de 13 associações, posteriormente aumentado para 19, com quem se promoviam diálogos e se obtiveram várias conquistas na época.

O primeiro sistema permanente de negociação veio, entretantes, com o Instituto de Assistência Médica do Servidor Público Estadual – IAMSPE. Os trabalhadores deste órgão sempre tiveram história de organização e participaram ativamente da greve do funcionalismo no ano de 1979, quando Paulo Maluf era o governador do Estado e tinha imposto a administração do instituto por um interventor.

Com o governo Montoro, os servidores deste órgão lograram efetuar a eleição do superintendente, por um processo eleitoral democrático. Apesar do novo governo subsequente, de Orestes Quércia, não ter possibilitado a manutenção da escolha do Superintendente pela via democrática, ainda assim foi mantida a possibilidade de negociação coletiva que culminou na assinatura, em 29 de setembro de 1989, do primeiro acordo coletivo de trabalho que se tem notícia nos serviços públicos. O documento foi levado a registro junto à Delegacia Regional do Trabalho em 8 de fevereiro de 1990 e junto com o acordo foi registrado, também, um documento intitulado “Sistema Permanente de Negociação Coletiva de Trabalho”<sup>381</sup>.

<sup>380</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público.** São Paulo; ISP Brasil.

<sup>381</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor**

Várias conquistas foram retratadas na obra de Eliane Cruz, sendo exemplo a instituição de uma Comissão Processante para atuação em casos de aplicação de punições disciplinares<sup>382</sup>.

O próprio Sistema de Negociação Permanente foi desenvolvido pelo diálogo entre servidores do IAMSPE e o governo estadual de São Paulo, tendo se disseminado para várias outras entidades, inclusive o governo federal desde 2.003, a partir de ideia apresentada por Douglas Braga.

A respeito da sistemática e funcionamento desse sistema, deve-se transcrever o seguinte trecho:

Segundo Douglas, o Sistema fixa a ideia de data-base, mas evita a armadilha do setor privado de só negociar uma vez por ano. Introduce, de forma inovadora, o conceito de negociação permanente, materializado na celebração dos “Protocolos de Mesa de Negociação – Termos de Adesão de Direitos e Obrigações a Contratos Individuais de Trabalho.

Os protocolos são uma espécie de microacordos coletivos de trabalho, celebrados a qualquer tempo, que geram direitos e obrigações para as partes e podem ser exigidos individual ou coletivamente. Uma vez por ano, em uma negociação mais geral, os conteúdos destes Protocolos irão constituir o Acordo Coletivo de Trabalho, juntamente com novas cláusulas que venham a ser negociadas.<sup>383</sup>

---

**público**, cit., p. 26. A autora noticiou este fato com o seguinte acréscimo: “À solenidade que marcou esse momento compareceram o superintendente do IAMSPE, José Carlos Ramos; o presidente da Central Única dos Trabalhadores – CUT, Jair Meneguelli; a Ministra do Trabalho, Dorotéia Werneck; o coordenador do Sistema de Negociação, Douglas Gerson Braga; representantes da CUT/SP; Célia Regina Costa, representando o Sindaúde/SP; o presidente do Sindicato dos Médicos do Estado de São Paulo, Eurípedes Carvalho; o presidente da Associação dos Funcionários Públicos do IAMSPE, Duvanier Paiva; o presidente da Associação dos Médicos do IAMPE, Regina Parisi; além de outros diretores de associações do IAMSPE”.

<sup>382</sup> A respeito desta Comissão, veja-se o seguinte relato: “Para a apuração de punições aplicadas aos funcionários, foi estabelecido um novo procedimento. Um chefe, quando pune um funcionário, deve deixar consignado, em documento escrito, o motivo da punição, além de fornecer ao funcionário um formulário da Comissão Processante, a fim de que ele possa apresentar de pronto a sua defesa. A partir daí, a punição torna-se, ou não, um processo administrativo. No caso de se instaurar processo, a Comissão Processante será o espaço para o julgamento. Essa Comissão, desde o período de sua democratização, é presidida pelo Procurador do Estado, desde então Sérgio Bretãs. Compõe-se de: - um médico responsável, quando do depoimento, pela avaliação das condições psíquicas dos funcionários e de outras pessoas envolvidas; - uma enfermeira encarregada de analisar as condições de trabalho às quais o funcionário estava submetido; - um advogado indicado pela administração; - um advogado indicado pelas entidades de classe; - dois defensores, um designado pela Associação dos Funcionários do IAMSPE e um indicado pelo Sindaúde/SP. Quando se estabelece processo administrativo, realiza-se audiência com o acompanhamento do defensor ou advogado da entidade de classe e dos representantes da administração. Avalia-se a punição, a defesa apresentada pelo funcionário, para, então chegar-se a um veredicto. Se este desagradar a uma das partes, cabe recurso à Mesa de Negociação Coletiva. Como resultado da democratização desse espaço, as punições impostas pelas chefias, antes corriqueiras, diminuíram sensivelmente: desde então, nenhum funcionário é punido sem que sua entidade de classe seja imediatamente acionada” (CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público**, cit., p. 27).

<sup>383</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público**, cit., p. 31.



Contudo, em outras experiências relatadas por Eliane Cruz pode-se perceber mais as dificuldades que devem ser vencidas no contexto nacional, para a implantação de um regime de negociação com foros de formalidade e seriedade.

Em Porto Alegre, seja no período do prefeito Olívio Dutra (1989 a 1992), seja no de Tarso Genro (1992 a 1996), evidenciou-se como é importante a atuação do sindicato para a implementação de verdadeira negociação coletiva. Ambos prefeitos foram eleitos por uma Frente Popular, cuja força predominante era do Partido dos Trabalhadores.

Antes da eleição de Olívio Dutra, o governo anterior, de Alceu Collares, do PDT, enfrentou grande pressão pelo sindicato, com greves de longa duração em setores fundamentais do município. No final de seu governo, já derrotado nas eleições, o prefeito que se retirava tratou de implantar, com consenso do Legislativo, um plano de cargos e salários, que criava um reajuste médio dos servidores de cerca de 287% e previa aumentos bimestrais, com início de vigência no governo de Dutra. O reajuste teve um impacto alto na folha de pagamento.

Muito embora o aumento de 287% tenha sido mantido, houve necessidade de muita discussão para a fixação de critérios para os demais aumentos bimestrais e o que sobressaiu da experiência petista nos dois governos foi a dificuldade de relacionamento entre governo e sindicato quando um e outro estão envolvidos pela mesma ideologia partidária. Há necessidade, portanto, de estabelecerem-se critérios que excluam as possibilidades de ingerência sejam da Administração no Sindicato, seja deste naquela, mesmo que por intermédio de partidos políticos.

As dificuldades enfrentadas nesse relacionamento são destacadas nos trechos abaixo:

As tensões dentro da Prefeitura cresciam: alguns setores defendiam que o governo tinha de atender às reivindicações dos servidores; outros argumentavam na direção oposta, mostrando que tudo já havia sido concedido. Esse clima de tensão se estendia para o Partido dos Trabalhadores, que também se dividia na discussão das questões salariais do funcionalismo. Como a grande maioria da direção do Sindicato era de

militantes do PT e dirigentes das várias instâncias do partido, houve muita confusão e atropelo na tentativa de se definir o papel de cada um. O governo se confundia com o Partido, que se confundia com o Sindicato. Os papéis e os limites estavam indefinidos.

O Sindicato entendia que tudo era possível num governo do PT, mostrando mesmo um certo grau de ingenuidade no encaminhamento de suas demandas. Aliás, alguns sindicalistas, apesar de terem história na militância sindical, mudaram totalmente sua postura depois que assumiram cargos diretivos no governo, adotando atitudes repressoras em relação às manifestações e autoritárias em relação ao Sindicato. O governo se desgastava muito com essa situação, e a mídia era rigorosa nas cobranças de coerência.<sup>384</sup>

Os dirigentes do Sindicato, por serem identificados ideologicamente com o governo, achavam que a Prefeitura deveria estar sempre disponível para as Mesas de Negociações, o que não era opinião unânime entre os membros do governo. Isso gerava muita confusão e conflitos, pois não se conseguia chegar a um consenso sobre a agenda das negociações. Os dirigentes do Sindicato pressionavam para que as negociações se dessem diretamente com o prefeito, não reconhecendo a autoridade dos representantes governamentais na Mesa.<sup>385</sup>

Do mesmo modo, revelando a dificuldade de posicionamento do sindicato como empecilho à negociação coletiva, especialmente em outros temas que não os de natureza econômica:

A pauta era essencialmente econômica; o governo ainda tentou incluir temas como democratização e gestão dos serviços públicos, saúde do trabalhador, mas o Sindicato resistia e se negava a fazer qualquer discussão desses assuntos.

... Foi criada uma Comissão Técnica com representantes do governo e do Sindicato para tratarem de temas como eleições diretas para alguns órgãos, remanejamento de pessoal, indicação de cargos de confiança etc. Essa Comissão durou até o governo Tarso Genro, contando também com a participação de representantes do Conselho do Orçamento Participativo. O receio de se confundir com o governo levou o Sindicato a evitar o debate sobre esses temas, o que acabou levando à extinção da Comissão Técnica.<sup>386</sup>

Outro exemplo de dificuldades na relação entre os representantes governamentais e sindicais foi a experiência do município de São José dos Campos, na gestão da prefeita Ângela Guadagnin:

A administração municipal de São José era do Partido dos Trabalhadores, e os dirigentes do Sindicato dos Servidores Municipais, em sua maioria, também eram filiados a esse Partido. Isso confundia as relações: a Prefeitura, sem experiência em lidar com um sindicato representativo,

<sup>384</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público**, cit., p. 52.

<sup>385</sup> Idem, *ibidem*, p. 53.

<sup>386</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público**, cit., p. 55.

muitas vezes queria que o Sindicato fosse um parceiro na administração, não levando em conta o fato de que a organização sindical não pode deixar de ser uma instituição à parte da gestão pública. O Sindicato, por sua vez, fazia cobranças à administração municipal baseados em compromissos partidários. No final de 1993, diversos dirigentes do sindicato deixaram o PT por discordarem da forma de contratação que a administração vinha adotando.<sup>387</sup>

No entanto, apesar das dificuldades, o processo de negociação, em grande parte, se apresenta como modo de aquisição de conquistas para os trabalhadores, não necessariamente relacionadas à condição financeira, referindo-se, não raro, às condições de trabalho e ao relacionamento dos trabalhadores com os usuários dos serviços públicos. No caso de São José dos Campos, por exemplo, assim como ocorrera nas mesas de negociação do Sistema Único de Saúde, a implantação da negociação coletiva foi importante para operacionalizar o funcionamento do SUS, que envolvia funcionários de nível federal e estadual que foram municipalizados.

À guisa de demonstrar que as experiências nacionais de negociação coletiva não representaram somente problemas, cita-se, como exemplo, as conquistas obtidas por meio desse instrumento de participação, no município de São José dos Campos:

Os principais resultados obtidos de 1993 a 1997, foram conquistas que estabeleceram bases mínimas de melhoria das condições de vida dos servidores e que permanecem até hoje, a saber: - Plano de Carreira, Cargos e Salários; Bolsa de estudo; Alimentação; Melhoria dos salários; Criação do Conselho de Saúde do Servidor para acompanhar o Serviço Municipal de saúde específico para os servidores; Melhoria das condições de trabalho: caminhões, equipamentos, EPI; eleição para a diretoria das escolas; Aumento e melhoria do atendimento na área de saúde; Plano de educação, reformulando a jornada dos professores; Negociação para implantação da CIPA; Alteração da data de pagamento do quinto dia útil do mês seguinte ao trabalhado, para o último dia do mês em curso, com adiantamento no dia 15; Criação de Conselho Administrativo do Instituto de Previdência Municipal – IPREM, de caráter paritário entre os servidores e a administração.

... A aprovação de um plano de carreira possibilitou mudar o PCCS e implantar um processo de avaliação dos serviços em que os usuários eram os avaliadores. E, muitas vezes, o usuário de um serviço público é o próprio servidor. Os trabalhadores do Departamento Pessoal, por exemplo, foram avaliados por servidores públicos, que, aliás, tinham muitas críticas à forma como eram tratados.<sup>388</sup>

É de se retratar que o regime jurídico dos servidores públicos do município de

<sup>387</sup> Idem, ibidem, p.79.

<sup>388</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público**, cit., p. 81-82.

São José dos Campos é o estatutário, evidenciando, assim, que a espécie do vínculo que une trabalhadores e Poder Público não é efetivo empecilho para a concretização da negociação, como amplamente defendido durante essa dissertação.

Em alguns lugares, contudo, esta circunstância tornou-se problema para o desenvolvimento da negociação. Em Presidente Prudente, cujos servidores também eram estatutários, o relacionamento entre a Câmara de Vereadores e a Administração da Prefeitura é que se tornou, além das possíveis dificuldades ideológicas com o sindicato, questão de embaraço para efetivar a prática:

Era também necessário combater a ideia de que o Contrato Coletivo de Trabalho se contrapõe ao Estatuto do Servidor. Sendo o Estatuto dos Servidores um instrumento público onde já estão consignados os direitos e deveres dos Servidores, muitos consideravam que o trabalhador, a partir do momento em que presta concurso público, adere a esse Estatuto. Portanto, desde sua inscrição para o concurso, ele já deve conhecer e aceitar o Estatuto que irá reger seu trabalho, além de ter ciência de que toda e qualquer modificação só se fará através da Câmara Municipal. Essa foi a compreensão da maioria da Câmara Municipal, que, desde a instalação da Comissão Permanente de Negociação, adotou uma postura oposicionista em relação à proposta de Contrato Coletivo de Trabalho no setor público.<sup>389</sup>

Essa divergência entre os Poderes Executivo e Legislativo trouxe, contudo, soluções inovadoras pela municipalidade, que passou, em algumas situações, a respeitar os poderes constituídos dos representantes públicos na negociação como suficientes para criar efeitos vinculativos às decisões tomadas naquela instância:

A CPN<sup>390</sup> tinha um funcionamento bem definido: a pauta era apresentada e passava a ser discutida, transformando-se depois em protocolo que, assinado por ambas as partes, era encaminhado, quando necessário, para aprovação da Câmara. O Estatuto do Magistério, por exemplo, depois de negociado no CPN, foi aprovado pelo Conselho Municipal de Educação e pela Câmara Municipal.

Algumas resoluções não iam para a Câmara. O Plano de Cargos e Salários da Saúde, por exemplo, depois de transformado em protocolo pela CPN, foi submetido à aprovação do Conselho Municipal de Saúde para ser, em seguida, implantado. Também foram aprovados pelo Conselho Municipal de Saúde – CMS os estudos e propostas sobre funcionamento dos serviços de saúde. Isso mostra que o caráter deliberativo dos Conselhos foi respeitado durante a gestão da Frente de Partidos. Os estudos sobre funcionamento dos serviços de saúde elaborados pelo Sindicato e negociados na CPN, servem até hoje, no CMS, como referência para processos de avaliação de

---

<sup>389</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público**, cit., p. 105.

<sup>390</sup> Comissão Permanente de Negociação.

serviços.

Os protocolos assinados pelo CPN que, enviados para a Câmara Municipal, não receberam a aprovação do Parlamento, foram implantados por decreto do prefeito. A Prefeitura atuou dessa maneira por considerar que o resultado das negociações deveriam ser cumpridos e por entender que a Câmara Municipal não avaliava o conteúdo das propostas e sim o método: os protocolos eram negociados na CPN, e a Câmara era contra o funcionamento da CPN.<sup>391</sup>

Na experiência de Presidente Prudente foi importante a participação do Ministério Público Estadual, que respaldou e reconhecia o procedimento da negociação coletiva.

Na cidade de Belém, a novidade destacada foi a organização da negociação coletiva por uma Mesa Geral e Mesas Setoriais para saúde, educação, trânsito etc. Estas últimas funcionavam para questões cotidianas dos locais de trabalho, como condições de trabalho, equipamentos de segurança individual, relações interpessoais e até casos de punições e perseguições não superadas nas unidades. Ali, contudo, foram constatados alguns problemas relativos a ordem de atribuições entre as Mesas Setoriais e Geral, com alguns casos em que as primeiras ultrapassavam a esfera de sua competência, para decidir a respeito, por exemplo, de questões de estabelecimento de gratificações, situação que, em tese, era própria da Mesa Geral.

Interessante registrar também que os assuntos tratados e resolvidos pela via da negociação coletiva são, em Belém, objeto de acordos coletivos que têm efeito imediato, não demandando aprovação posterior pela Câmara dos Vereadores.

A negociação coletiva naquela cidade vem auxiliando os servidores em diversos aspectos, desde a diminuição do grande número de trabalhadores analfabetos então existente, até a celebração de convênios que propiciaram obtenção de moradia própria.

Em Chapecó, as experiências locais de negociação coletiva trouxeram um bom elemento de reflexão, que foi a capacidade do sindicato dos trabalhadores manter-se infenso a contingências partidárias. Tal se deveu, principalmente, ao fato

---

<sup>391</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público**, cit., p. 107.

de que o sindicato que congregava os trabalhadores municipais de Chapecó também articulava os interesses de servidores de outros vinte e um municípios na região. Assim, era dotado de uma “bagagem de negociação muito diversificada, pois dialoga(va) com governos que representa (vam) diversos partidos das diretrizes políticas mais diversas”<sup>392</sup>.

Outras experiências podem ser relatadas, como a das Mesas Estaduais de Negociação do Sus no Estado do Rio de Janeiro ou mesmo a adoção da negociação coletiva com servidores pelos Estados de Pernambuco e do Pará, este, aliás, como retratado por José Cláudio Monteiro de Brito Filho. De acordo com este autor, no Pará cabe ao Conselho de Política de Cargos e Salários do Estado deliberar sobre negociações feitas, encaminhando-as ao Governador do Estado para transformação em atos de eficácia normativa. Há uma resolução de 1.991 que explicita cláusulas e condições de trabalho que não poderiam ser negociadas, como a proibição de indexação de salários ou a concessão de estabilidade não previstas na Constituição.<sup>393</sup>

Também o Município de São Paulo veio a adotar um sistema de negociação permanente (SINP) mediante a edição da Lei n. 13.303, de 18 de janeiro de 2002. No seu artigo 6º, objetivando a observância do princípio da eficiência do artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, imputou à Secretaria de Gestão Pública a avaliação e aprimoramento dos serviços públicos mediante sistemas participativos de caráter permanente, para tratamento de conflitos decorrentes de vínculos funcionais e de trabalho.

No parágrafo único do mesmo dispositivo consta que os sistemas deverão conter princípios, regras de funcionamento e procedimentos capazes de motivar o envolvimento e promover a participação efetiva dos servidores municipais, suas entidades de classe e sindicais e de usuários dos serviços públicos. Os mecanismos serão constituídos por meio de contratos, convênios ou outras formas.

---

<sup>392</sup> CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público**, cit., p. 158.

<sup>393</sup> TEIXEIRA, Márcia Cunha. **A Negociação Coletiva de Trabalho no Serviço Público**. (2007). Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 132-133.

O município de São Paulo inovou, assim, seja ao prever em lei e não meramente por convênios, protocolos ou atos administrativos, a possibilidade da negociação e participação coletiva dos servidores, seja ao abrir margem para a oitiva de usuários dos serviços públicos. A interferência dos usuários de serviços públicos no procedimento de negociação certamente reforça a ideia de que toda negociação coletiva com servidor tem por escopo a melhoria dos serviços prestados à comunidade.

Após celebração de Convênio, o município paulistano criou o Sistema de Negociação Permanente, com duas bancadas, uma da Administração e outra sindical, com o estabelecimento de uma Mesa Central, ocupada, pela representação governamental, por cinco secretarias (Gestão Pública, Finanças, Governo, Educação e Saúde) e pela parte do funcionalismo por vinte e seis entidades de classe. Além disso, há instâncias consultivas e mediadoras, compostas por representantes da sociedade civil, como DIEESE, Conselhos Municipais de Saúde, de Educação e Assistência Social, além da Câmara de Vereadores e Ouvidoria Geral do Município.

As diligências do SINP paulistano resultam em acordos coletivos de serviço e são registradas em protocolos, porém não são tratados temas referentes a aumentos salariais e reajustes, que devem ser convertidos em lei<sup>394</sup>.

Em nível nacional, podem ser citadas, primeiramente, as práticas de negociação levadas a efeito pela Mesa Nacional de Negociação do Sistema Único de Saúde, criada a partir da Resolução 52, de 6 de maio de 1993 e da Portaria 1.713, de 28 de setembro de 1994. O objetivo da Mesa é estabelecer um fórum permanente de negociação entre empregadores e trabalhadores do SUS. Sua constituição é de onze representantes de empregadores públicos, federais, estaduais e municipais, representantes da Secretaria da Administração Federal e um membro do Ministério da Educação e Esporte, e outros onze representantes de entidades sindicais específicas do setor. A pauta de negociação necessariamente contém os seguintes itens, entre outros passíveis de serem incluídos por decisão da Mesa: salário (reposição, reajuste e isonomia), jornada de trabalho no SUS; carreira

---

<sup>394</sup> STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação Coletiva no Setor Público**. São Paulo: LTr, 2007. p. 140-141.

da Saúde; direitos e conquistas sindicais nas reformas de estrutura do SUS; mecanismos de gestão de Recursos Humanos no SUS.

A principal conquista da Mesa Nacional de Negociação do SUS foi a definição da forma de municipalização dos serviços e servidores lotados na área da Saúde, com o mínimo de prejuízo a ambos.

Quanto ao governo federal, o grande registro a ser feito é o da instituição do Sistema de Negociação Permanente da Administração Pública Federal – SINP/FEDERAL, formalizado em 16 de junho de 2003. Pela Portaria 1132, publicada em 21 de julho de 2003, com fulcro no artigo 27 do Decreto 4.638, de 21 de março de 2003, foi instalada a Mesa Nacional de Negociação Permanente - MNNP.

Os objetivos da Mesa Nacional são os de: instituir metodologias de tratamento para os conflitos e demandas decorrentes de relações funcionais e de trabalho no âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, de caráter permanente, buscando alcançar soluções negociadas para os interesses manifestados por cada uma das partes; instituir e promover a regulamentação legal de um sistema de negociação permanente; negociar a pauta unificada de reivindicações dos servidores públicos federais, protocolada pela Bancada Sindical junto ao Governo Federal; discutir a estrutura da máquina pública e da gestão administrativa; estabelecer procedimentos e normas que ensejem melhorias nos níveis de resolutividade e da qualidade dos serviços prestados à população; discutir temas gerais e de assuntos de interesse da cidadania, relacionados à democratização do Estado, nos termos estabelecidos no “Protocolo para instituição formal da MNNP”.

Os princípios e preceitos democráticos aos quais se compromete a cumprir são os da: legalidade; moralidade; impessoalidade; qualidade dos serviços, pelos quais deve observar a eficiência, a obediência à lei, a honestidade, a resolutividade, o profissionalismo e a adequação técnica do exercício funcional no atendimento e na qualidade dos serviços de interesse público; participação; publicidade; liberdade sindical, com reconhecimento aos sindicatos da legitimidade de defesa de interesses



e assegurada a livre organização sindical e o direito de greve.

Além disso, adota os seguintes “preceitos democráticos de negociação” de: ética, confiança recíproca, boa-fé, honestidade de propósitos e flexibilidade para negociar; obrigatoriedade de as partes buscarem a negociação quando houver solicitação de uma delas; direito de acesso à informação; direito de afastamento de dirigentes sindicais para o exercício de mandato sindical; legitimidade de representação, com respeito à vontade soberana da maioria dos representados e adoção de procedimentos democráticos de deliberação; independência do movimento sindical e autonomia das partes para o desempenho de suas atribuições constitucionais.

A Mesa Nacional de Negociação Permanente – MNNP é constituída por duas bancadas, uma Governamental e outra Sindical. Integram a Bancada Governamental um representante de cada um dos seguintes órgãos: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Casa Civil da Presidência da República; Ministério da Fazenda; Ministério da Previdência Social; Ministério do Trabalho e Emprego; Secretaria Geral da Presidência da República.

A Bancada Sindical, por seu turno, é composta por dezoito entidades de classe de âmbito nacional do funcionalismo público federal, e esse número poderá aumentar desde que haja subscrição ao “Protocolo para instituição formal da MNNP”. As entidades originárias eram: ANDES/SN – Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior; ASSIBGE – Sindicato Nacional dos Trabalhadores em Fundações Públicas Federais de Geografia e Estatística; CNTSS – Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social; CONDSEF – Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal; CUT – Central Única dos Trabalhadores; FASUBRA SINDICAL – Federação de Sindicato de Trabalhadores das Universidades Brasileiras; FENAFISP – Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social; FENAJUFE – Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União; FENASPS – Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social; SINASEFE – Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica e Profissional; SINDILEGIS – Sindicato dos

Servidores do Poder Legislativo Federal e do TCU; UNAFISCO SINDICAL – Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal

A Mesa Nacional está estruturada de forma vertical e horizontal. Horizontalmente compreende a Mesa Central e Comissões Temáticas Específicas, as quais, além de outras que poderão ser previstas, são definidas em Comissão Temática de Política Salarial, Comissão Temática de Seguridade Social, Comissão Temática de Direitos Sindicais e Negociação Coletiva, Comissão Temática do Papel do Estado, Reestruturação do Serviço Público e Diretrizes Gerais de Planos de Carreira.

Verticalmente, a Mesa Central relaciona-se de modo articulado com as Mesas Setoriais, que correspondem às subdivisões administrativas e corporativas da Administração Pública Federal.

Cabe às Comissões Temáticas Específicas subsidiar as discussões e apresentar propostas à Mesa Central, a quem incumbe deliberar em última instância. Também caberá à Mesa Central dar encaminhamento a tratativas de caráter geral entre as entidades representantes de servidores e a Administração Pública Federal. Às Mesas Setoriais competirá dar encaminhamento a tratativas coletivas de caráter específico de cada órgão, desde que não digam respeito a questões econômicas<sup>395</sup>, assim como competirá às Comissões Temáticas Específicas efetuar o mesmo quanto a temas específicos para os quais foram instituídas.

O Regimento interno prevê, ainda, a figura de um “facilitador do processo”, a quem cabe cuidar de aspectos referentes à formulação e à forma de funcionamento da MNNP. Também se encontram previstas a participação de assessorias técnicas e a figura de um Mediador, representante de entidade da sociedade civil nomeado de comum acordo entre as partes.

As decisões da Mesa Nacional deverão observar os preceitos legais que

---

<sup>395</sup> MENDONÇA, Sérgio Eduardo A. **A Experiência Recente da Negociação Coletiva na Administração Pública no Brasil**. Foro Iberoamericano: Revitalización de la Administración Pública. Estrategias para la Implantación de la Carta Iberoamericana de la Función Pública. México D.F. México, 5 e 6 de maio de 2005. <http://www.clad.org.ve>

regem a Administração Pública e/ou os termos previstos nos estatutos das entidades sindicais e serão registradas em atas ou em protocolos dependendo de sua complexidade.

Apesar de o Protocolo ou o Regimento da Mesa Nacional não deixarem claro o grau de normatividade atribuído à atuação do Sistema para cada uma das competências de negociação autorizadas, uma característica importante se nota na MNNP, a esteio de outros sistemas de negociação, que é o fato de que a própria instituição do sistema, mediante estatutos específicos (convênios, regimentos, protocolos, portarias etc.) é realizada de modo democrático e participativo. Desta forma, as regras resultantes da negociação possuem maior legitimidade, o que contribui para um índice de efetividade maior.

De acordo com dados apurados a respeito da atuação da Mesa Nacional de Negociação Coletiva no Setor Público entre os anos 2003 e 2004, a dinâmica produziu resultados surpreendentes na história da Administração Pública Federal. No período foram apresentados mais de 26 atos normativos ao Congresso Nacional, todos aprovados por consenso dos partidos políticos. Além disso, chegou-se a um seguinte quadro de resultados: 51 carreiras estruturadas ou reestruturadas, 5 planos especiais de cargos criados, 112 tabelas remuneratórias reestruturadas, 47 negociações concluídas, 9 negociações concluídas, dependendo de encaminhamento, 2 negociações em andamento, dependendo de solução orçamentária, 1.116.138 servidores que tiveram seus cargos, carreiras e tabelas remuneratórias reestruturadas, entre servidores ativos e aposentados<sup>396</sup>.

A análise sobre os acordos firmados desde 2003 a 2008 apresenta, também, os seguintes resultados: 2 negociações concluídas em 2003, 10 em 2004, 8 negociações fechadas em 2005, 3 em 2006, 14 em 2007 e 33 em 2008. Isto é, um total de setenta acordos de trabalho, sobre os mais diversos temas<sup>397</sup>.

Isto é, a negociação coletiva entre servidores públicos pode representar um

---

<sup>396</sup> MENDONÇA, Sérgio Eduardo A. **A Experiência Recente da Negociação Coletiva na Administração Pública no Brasil**, cit., p. 54.

<sup>397</sup> FERREIRA, Duvanier Paiva, RIBEIRO, Idel Profeta e ALVES, Charles Moura. **Negociação Coletiva de Trabalho no Serviço Público Brasileiro**. XIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública – Buenos Aires, Argentina, 4-7 Novembro de 2008.

meio profícuo de normatização e solução de questões atinentes ao universo laboral.

Alguns desafios devem, obviamente, ser superados. O principal deles é não se olvidar que todo serviço público é prestado tendo como destinatária a comunidade, o que quer dizer que a aproximação entre gestores públicos e trabalhadores não deve perder de foco a melhoria da prestação de serviços. A melhoria da prestação de serviços públicos não se confunde, automaticamente, com o ganho qualitativo de salários para os servidores. Esta alternativa, se não devidamente estudada e praticada tendo em mira a conjuntura maior dos interesses públicos e a ponderação muitas vezes mencionada nessa dissertação, poderá caracterizar uma mera “ação entre amigos”, que visaria atender interesses individualizados de categorias, em disputa com a alocação de escassos recursos públicos e em detrimento de outras políticas de forte alcance social<sup>398</sup>.

Assim, talvez fosse importante a participação do Ministério Público do Trabalho ou o Ministério Público Estadual, como representante da comunidade e poder de moderação de forças, porém sem a pretensão de inibir o próprio desenvolvimento do diálogo entre as partes ou burocratizar demais o procedimento. Esse diálogo aberto à sociedade poderia ser realizado, outra hipótese, com outras instâncias representativas do interesse da sociedade.

De qualquer maneira, a capacitação das partes para o diálogo e a negociação pode-se dar, também, pela via da educação política, com preservação da autonomia das partes. Nesse diapasão, deve-se publicar a iniciativa da Escola Nacional da Administração Pública (ENAP) em realizar o primeiro curso de Especialização em Negociação Coletiva, feito pela Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento (SRH/MP) em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Tal curso teve início em 19 de maio de 2009, e entre os temas das aulas estão: Estado e Sociedade; Ética, Cultura e Valores; Multiplicação de Competências; Relações do Trabalho; Negociação, teoria e prática.

---

<sup>398</sup> MENDONÇA, Sérgio Eduardo A. **A Experiência Recente da Negociação Coletiva na Administração Pública no Brasil**, cit., p. 54.

Também não se pode olvidar que o uso da negociação coletiva no serviço público não deve representar modo de precarização de direitos trabalhistas, simplesmente.

Neste sentido, fica o alerta, feito desde o início deste trabalho, de que a negociação coletiva não é instrumento que se legitima somente pelo consenso. Deve estar presente seu objetivo de melhoria das condições sociais do trabalhador. Não pode, portanto, servir apenas à ideia de um Estado mínimo, gerencial e isento.

Quanto ao campo legislativo, em nível nacional, algumas proposições de emenda constitucional e de leis foram apresentadas sobre o tema. Em algumas delas trata-se do assunto como parte da tentativa de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos<sup>399</sup>, tema ainda não solucionado pela ordem legislativa nacional, apesar do Judiciário já ter se posicionado a respeito.

Destaca-se, como proposta de emenda constitucional, a PEC 129/2003, de autoria dos Deputados Vicentinho, Maurício Rands e outros e fruto dos trabalhos do Fórum Nacional do Trabalho, com previsão de alteração no artigo 37 da Constituição Federal, para acréscimo do inciso VI com fito de estabelecer que “são garantidas ao servidor público civil, a livre associação sindical e a negociação coletiva, devendo a hipótese de acordo decorrente desta última ser aprovada pelos respectivos Poderes Legislativos”.

Trata-se, evidentemente, de proposta que não intenciona a operacionalização

---

<sup>399</sup> Desta maneira, por exemplo, o Projeto de lei 4.497, de 2001, da Deputada Rita Camata, do PMDB do Espírito Santo, que menciona uma comissão de negociação da greve pelos trabalhadores, no artigo 3º, §§ 2º e 3º da sua proposição: “§ 2º Se inexistir entidade sindical representativa dos servidores públicos, assembleia geral convocada com pelo menos 24 (vinte e quatro) horas de antecedência, desde que conte com a presença de pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos integrantes da categoria, poderá deliberar sobre a greve por maioria absoluta dos presentes, devendo, obrigatoriamente, caso a greve não seja aprovada, constituir comissão de negociação. § 3º A entidade sindical ou a comissão de negociação a que se refere o § 2º, representará os interesses dos servidores em greve nas negociações com a Administração e caso seja necessário, na Justiça”. Do mesmo modo, o Projeto de lei 5.662, de 2001, do Deputado Airton Cascavel, do PPS, de Roraima: “artigo 3º... § 2º Na falta de entidade sindical, os servidores interessados deverão convocar assembleia geral extraordinária que deverá contar com a presença de no mínimo cinquenta por cento da categoria, para deliberar sobre a greve, bem como definir as reivindicações e eleger uma comissão de negociação. Artigo 4º. Compete a entidade sindical ou a comissão de negociação comunicar, por escrito e com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, a decisão de deflagração da greve à Administração Pública com as reivindicações da categoria. § 1º A entidade sindical ou a comissão de negociação representará os interesses dos servidores nas negociações com a Administração Pública e perante o Poder Judiciário”.

de efeitos concretos e vinculantes à atividade da negociação coletiva entre os servidores públicos, pois dependente da aprovação dos respectivos Poderes Legislativos quaisquer que fossem os assuntos. Sobraria à negociação o papel coadjuvante do caráter consultivo.

O projeto de Lei n. 966/2007<sup>400</sup>, apresentado pelo deputado federal Maurício Rands, do Partido dos Trabalhadores de Pernambuco, trata de maneira circunstanciada a questão da negociação coletiva a partir da adoção do sistema permanente de negociação coletiva.

O sistema proposto no projeto de Lei n. 966/2007 tem clara conexão com o que é adotado pelo Governo Federal, desde 2003, através do Sistema Nacional de Negociação Permanente e das Mesas Nacionais de Negociação Permanente. Pode-se vislumbrar, também, certa semelhança com o sistema espanhol, na medida em que prevista uma instância centralizada de negociação, mas não se descarta a possibilidade de Mesas Locais (artigo 11, I), embora não se mencione, como lá, a subordinação dos níveis locais ao central.

Pela proposição do deputado, o estabelecimento do sistema de negociação é dependente da celebração de convênios (artigos 4º, V e 1º) entre a Administração Pública Direta e Indireta<sup>401</sup> e as entidades sindicais representativas dos servidores públicos e tem por finalidade aprimorar a eficiência do serviço público e dar tratamento a conflitos e demandas administrativas relacionadas aos vínculos funcionais e de trabalho que possam interferir na eficácia do serviço público. O sistema é previsto para qualquer vínculo estabelecido entre o órgão ou entidade da Administração Pública e o trabalhador, independente de regime jurídico (artigo 2º, § 4º).

#### As Mesas de Negociação constituiriam as instâncias deliberativas do Sistema

---

<sup>400</sup> O Projeto de Lei 966/07 foi apensado ao Projeto de Lei 229/07. Os Deputados Chico D'Angelo e Dr. Rosinha, do Partido dos Trabalhadores do Rio de Janeiro apresentaram, mediante projeto de Lei 229/03, proposição de igual teor.

<sup>401</sup> Registre-se que em nível federal, as negociações coletivas de trabalho pela Administração Indireta são possíveis, de acordo com o Decreto n. 908, de 31 de agosto de 1993. O artigo 1º desse Decreto prevê: “as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais empresas sob controle direto ou indireto da União deverão esgotar todas as possibilidades no sentido de viabilizar a celebração de acordos coletivos de trabalho satisfatórios às partes, observadas as diretrizes fixadas neste decreto”.

de Negociação Permanente (SINP), porém também seriam previstas instâncias consultivas a partir de entidades indicadas pelas partes e representativas de interesses gerais e específicos da sociedade e dos usuários de serviços públicos ou órgãos, entidades e institutos de assessoramento das entidades sindicais e de outros órgãos públicos (art. 6º). Estas entidades poderiam ocupar, outrossim, a função de mediação.

Não haveria matéria específica das instâncias consultivas, podendo as partes, de comum acordo, submeter a elas qualquer assunto, porém a mediação deverá ser objeto de regulamentação em convênio instituidor do Sistema de Negociação.

O processo de negociação deverá contar com a figura de um “mediador-facilitador”, de onde se conclui que a atividade da instância consultiva também acaba por ser obrigatória, tal como visto no sistema espanhol, sob pena de obstaculizar a negociação coletiva.

As deliberações das Mesas Permanentes resultarão em protocolos, que deverão ser publicados na imprensa oficial. Tais protocolos constituiriam, para as partes envolvidas, “reconhecimento de direitos e obrigações, suscetível de competente ação judicial em caso de descumprimento, visando à eficácia jurídica e a efetividade das decisões” (artigo 9, § 1º).

No entanto, esse dispositivo por si só não implica reconhecer que as decisões das Mesas de Negociação poderiam, por si só, ter efeitos constitutivos. O artigo 9º, § 2º, leva a crer que apenas haveria vinculação do procedimento do gestor público em adotar providências administrativas cabíveis para a efetivação das deliberações obtidas pela negociação, porém teria que encaminhar anteprojeto de lei ao Poder Legislativo, se for o caso, ou mesmo expedir ofícios, ordens de serviço, portarias, decretos.

A não providência ou o não encaminhamento de decisões resultantes de protocolos poderia caracterizar “ato de omissão do administrador público, atentatório aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública” (artigo 9º, § 3º).

A par disso, não é possível dizer que o projeto do deputado Maurício Rands tenha previsto efeitos concretos ao resultado da negociação coletiva. Previu uma negociação coletiva com efeitos vinculantes, mas apenas para a Administração e não para o Estado e mesmo assim não se é possível dizer que os protocolos aqui se comportariam como os pactos da Espanha, por exemplo, pois lá acontecem efeitos diretos e imediatos da negociação e aqui, segundo a previsão do projeto de lei 966/2007 se demandaria a posterior atuação por um ato administrativo.

Qualidades importantes no projeto de lei em questão são: a previsão da obrigatoriedade do exercício da negociação coletiva quando existente convocação a respeito, com estabelecimento do recurso à mediação para dirimir eventuais conflitos (artigo 10) e a possibilidade de resolução direta do impasse pela Administração (em caso de recusa à participação pela entidade sindical); a proteção dos representantes sindicais e das organizações de servidores públicos contra atos de discriminação e ingerência de autoridade pública (artigos 13 e 14).

Ressalta-se, ainda, que o projeto, como um todo, tratou de enquadrar o sistema de negociação permanente com os servidores públicos como um meio de democratização das relações funcionais do trabalho, com dignificação e valorização dos quadros de trabalhadores. Isto dentro do propósito de aperfeiçoamento da eficiência administrativa, sem se descuidar do estabelecimento de mecanismos de acompanhamento por parte da sociedade, notadamente pelas instâncias consultivas.

Além disso, tratou de fundamentar-se em vários princípios constitucionais, como os da “legalidade, finalidade, interesse público, moralidade, publicidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, liberdade sindical e democracia participativa” (artigo 3º), resguardando, assim, a necessária submissão à juridicidade.

Concluindo sobre o panorama das experiências nacionais e sobre o quadro legislativo atual, noticia-se que o projeto de Decreto Legislativo, 795/08, cuja relatoria coube ao deputado Daniel Almeida, do PC do B da Bahia e que teve por



intuito o de ratificar a Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho, que trata da negociação coletiva no âmbito do serviço público federal, estadual e municipal, acabou resultando na expedição do Decreto Legislativo 206/10, ou seja, na incorporação do diploma ao direito interno.

Como explanado no decurso deste trabalho, somos da opinião de que o direito à negociação coletiva pelo servidor público exsurge como princípio constitucional implícito, razão pela qual seria desnecessária a ratificação da Convenção 151. No entanto, como pairam sobre o assunto, ainda, controvérsias doutrinárias, jurisprudenciais e políticas que dificultam sua colocação em prática, a medida de ratificação do instrumento jurídico internacional, que ingressaria, no ordenamento jurídico com equivalência às normas constitucionais, seria meio eficaz para avançar quanto ao tema.

Igualmente, acreditamos ser desnecessária uma lei para vingar a negociação coletiva entre servidores públicos, pois o instrumento correlato na iniciativa privada não demanda grandes regramentos, afora alguns poucos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, ainda assim, a edição de uma lei própria não seria de pouca valia para economizar esforços interpretativos e dar um mínimo de sentido comum à contratação coletiva.

Uma lei com este intuito não poderia se descuidar, a nosso ver, de dar a devida força e capacidade normativa às partes envolvidas e somente deixar de dar credibilidade às decisões por ela tomadas em casos de antijuridicidade. Uma lei com este propósito deveria também garantir a necessária fiscalização da sociedade e da comunidade no intuito de não se fazerem prevalecer interesses partidários e ideológicos, ou mesmo sindicais, acima de outros interesses que possam ter igual ou maior importância, sem a necessária ponderação e correlação de forças.

Com o propósito de refletir uma norma que pudesse atingir tais efeitos, sem obstaculizar a liberdade e autonomia sindicais e a representatividade do Sindicato e dos agentes públicos, que devem ser tratados como presumidamente acreditados a realizar as negociações a que se propõem, tratou-se de imaginar um projeto de lei que pudesse contar com tais características.

Sem maiores pretensões, imaginou-se o seguinte esboço:

**Projeto de lei ....., de 2010.**

**Regulamenta a negociação coletiva de trabalho nas Administrações Diretas Federal, Estadual e Municipal**

**O Congresso Nacional decreta:**

**Art. 1º Esta lei visa ao estabelecimento de regras básicas que regularão as relações de trabalho entre a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal e as entidades sindicais representativas dos servidores públicos, mediante o uso da negociação coletiva de trabalho e de instrumentos normativos dela resultantes.**

**Parágrafo único: a negociação coletiva de trabalho e os instrumentos dela decorrentes descritos nesta lei serão aplicados a quaisquer regimes de vínculo que unam os trabalhadores públicos e a Administração Pública.**

**Art. 2º Toda a negociação coletiva de trabalho deverá objetivar a melhoria da condição social do trabalhador público, porém não poderá perder de vista o atendimento dos interesses sociais e públicos que competem à Administração e a concretização de instrumentos normativos decorrentes de negociações somente será possível quando de necessária correlação e ponderação com os interesses dos usuários dos serviços públicos.**

**Art. 3º A negociação coletiva de trabalho entre trabalhadores públicos e o Poder Público, bem como os instrumentos normativos dela resultantes, serão regidos pelos seguintes princípios: da boa-fé; da informação, transparência e acesso às informações; princípio da compulsoriedade e permanência do dever de negociar; princípio da colaboração e solidariedade.**

**Art. 4º A negociação coletiva de trabalho se dará sempre que houver controvérsia sobre condições de trabalho, relações funcionais e de trabalho de trabalhador público e possuirá efeitos normativos e “erga omnes” nas**

contratações que se proceder, presumindo-se devidamente acreditados pelo Poder Público e pelos Sindicatos aqueles que comparecerem como representantes destes órgãos.

§ Primeiro - Qualquer assunto relativo a condições de trabalho, relações funcionais e de trabalho de trabalhador público poderá ser objeto da competência material da negociação coletiva e produzirá efeitos normativos mediante celebração de Acordo Coletivo de Trabalho ou outra denominação que se der ao respectivo instrumento.

§ Segundo - Quando o assunto a ser normatizado superar o valor de 60 (sessenta), 40 (quarenta) ou 30 (trinta) salários mínimos, em se tratando, respectivamente, de Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como em temas de organização e reestruturação administrativa, punições disciplinares e incremento remuneratório, o Acordo Coletivo se sujeitará à apreciação por autoridade administrativa superior do atendimento às condições de juridicidade e legalidade, equilíbrio orçamentário e atendimento aos interesses dos usuários públicos e se submeterá à reserva legal, quando for o caso.

§ Terceiro - Quando o assunto a ser normatizado não se enquadrar nas hipóteses do parágrafo anterior, a mera publicação do acordo coletivo celebrado será suficiente para que se produzam efeitos “erga omnes”, sem perder de vista, igualmente, a observância pelas partes contratantes do atendimento a condições de juridicidade e legalidade, equilíbrio orçamentário e atendimento a interesses dos usuários públicos.

§ Quarto - Na hipótese do parágrafo segundo, a apreciação de autoridade administrativa superior, se for contrária ao estabelecido pelas partes em Acordo Coletivo, deverá ser devidamente motivada e o resultado deverá ser remetido ao Poder Legislativo correlato, o qual poderá discordar das razões do indeferimento, transformando o Acordo Coletivo em Lei.

§ Quinto - Em caso de alta controvérsia sobre ofensa aos interesses dos usuários dos serviços públicos, poderá a autoridade Administrativa encaminhar o Acordo Coletivo para parecer fundamentado do Ministério Público do Trabalho ou, se inexistente representação deste último órgão na localidade, ao Ministério Público Estadual.

**§ Sexto - Em caso de confirmação dos termos do Acordo Coletivo, pelo Ministério Público, perderá força o indeferimento da Autoridade Administrativa, vigorando em todos os efeitos o instrumento da negociação coletiva, após devida publicação.**

**§ Sétimo - A autoridade Administrativa responsável pela apreciação de juridicidade e legalidade dos Acordos Coletivos será definida em cada início de mandato no Poder Executivo e corresponderá ao Chefe do Poder Executivo ou a quem por ele for designado, ficando facultada a criação de agências públicas especializadas em negociação coletiva e a associação entre estas ou entre sindicatos, com o fito de diminuição de influências políticas.**

**§ Oitavo - Ambos os participantes da negociação, assim como a autoridade Administrativa superior, responsável pelo controle de juridicidade, além dos membros do Ministério Público ou do Legislativo a quem for incumbida a apreciação de Acordos Coletivos, deverão agir com presteza, ficando estabelecido às autoridades administrativas, do poder legislativo e do Ministério Público o prazo de vinte dias para manifestação, sob pena de caracterização de conduta antissindical.**

**Art. 5º Caberá ao Poder Público a promoção de capacitação de agentes para a prática da negociação coletiva, mediante a realização de cursos e treinamentos.**

**Art. 6º A negociação poderá se dar por diversos modos e estruturas, atendidas às especificidades nacional, estaduais e locais, desde que observados, em conjunto, os pressupostos definidos nesta lei.**

**Art. 7º A negociação coletiva poderá se dar apenas como instância consultiva, sem a perda de sua competência normativa genérica. Em ambos os casos, poderá haver contratações de órgãos e entidades técnicas especializadas a fim de subsidiar as decisões ou consultas.**

**Art. 8º São caracterizadas como condutas antissindiciais e atentatórias aos princípios da Administração Pública aquelas que visem obstaculizar a negociação coletiva de trabalhadores públicos, a exemplo**

das relacionadas a seguir:

I - a recusa dos representantes sindicais e do poder público em apresentarem as informações necessárias às negociações, a não ser que haja estrito sigilo sobre as mesmas, o que deverá ser devidamente motivado;

II - a negativa dos representantes sindicais e do poder público em participarem do procedimento da negociação coletiva;

III - a criação de empecilhos à filiação e organização de servidores públicos ou a imposição de renúncia à qualidade de filiados;

IV - a prática discriminatória contra representantes do Poder Público ou sindicais que participem da negociação coletiva;

V - a prática de ingerências partidárias ou ideológicas que desvirtuem o foco da negociação coletiva.

**Parágrafo único – Consideram-se atos de ingerência as ações que visem promover a constituição de organizações de servidores públicos sob o controle de uma autoridade pública, ou apoiar organizações de servidores públicos com meios financeiros ou outros, com o objetivo de submeter essas organizações ao domínio de uma autoridade pública.**

**Artigo 9º Em caso de condutas antissindicais e atentatórias aos princípios da Administração Pública, os representantes sindicais ou do poder público, inclusive, as autoridades administrativas a que esses se reportem, poderão sofrer responsabilizações cíveis, além de penalidades administrativas ou serem enquadrados nos crimes capitulados na lei 8.429 de 2.6.1992, relativamente a atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública.**

**Artigo 10. Será considerado de efetivo exercício ou trabalho, para todos os efeitos, o tempo dedicado por representantes do poder público e sindicais nos procedimentos de negociação coletivas e nos neles correlatos.**

**Artigo 11. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.**

Como breves justificativas desta sugestão de um projeto legal neste assunto (sem perder de vista, como ressaltado, nossa opinião de que não há exigência da concretização de uma lei para poder colocar em prática o direito fundamental à negociação coletiva), preocupou-se em ressaltar a capacidade normativa do instituto, com desnecessidade de submissão a controle superior em casos que poderiam ser denominados de obrigações de pequeno valor, a esteio do previsto nos artigos 100, § 3º da Constituição, 87 e 97, § 12, I e II, do ADCT e 3º, “caput”, da Lei n. 10.259/2001.

Obviamente, outros critérios poderiam ser eleitos, como os valores que norteiam a dispensabilidade de licitação nas hipóteses do artigo 24, I e II da lei 8.666/1993 ou, até mesmo, a divisão detalhada de matérias sujeitas a efeitos vinculantes ou consultivos.

Mesmo nos casos em que necessário o exame de uma autoridade superior, este visaria somente resguardar os aspectos de juridicidade das questões negociadas, sem interferência no âmbito material do contratado. Em caso de discordância da autoridade superior quanto a estes aspectos, seria criado o compromisso de remessa da matéria, como projeto de lei, à câmara legislativa específica. Nos casos de reserva legal, previamente estipulados (notadamente pela Constituição), a remessa seria obrigatória.

Não se imaginou obrigatória a interferência do Ministério Público do Trabalho ou Estadual justamente para não burocratizar excessivamente o procedimento, porém seria recomendável a participação dos membros destes órgãos em casos de dúvidas quanto a ofensas a direitos de usuários dos serviços públicos para que se ponderasse sobre o equilíbrio dos interesses trabalhistas e comunitários.

A função normativa da Administração teria natural escoadouro por meio da negociação coletiva quanto às questões profissionais e essa conduta conciliaria o direito de participação dos trabalhadores, a transparência, a publicidade e o diálogo. Procurou-se estabelecer alguns dos princípios tradicionalmente fixados em relação

à negociação coletiva no âmbito privado e que podem ser transplantados para o setor público. Não se fez alusão aos princípios que regem a Administração Pública, fundamentalmente explicitados no “caput” do artigo 37 da Lei Maior, porque se entendeu desnecessário dizer o óbvio. Tentou-se dar alguma concretude quanto à celeridade na apreciação das contratações sujeitas a maiores cuidados e vigilância, instituindo prazos razoáveis.

Preocupou-se, neste aspecto, em fazer-se menção à observância de condições de juridicidade, equilíbrio orçamentário e atendimento a interesses de usuários públicos para abranger, de modo geral, a obrigação de inserir a contratação coletiva como um ato normativo que possui conexão com o restante do ordenamento jurídico, sejam normas constitucionais, legais ou interesses da comunidade envolvidos.

Não se quis especificar qualquer dependência do resultado da negociação coletiva a prévias ou posteriores dotações orçamentárias. Aqui se pretendeu deixar embutido de que os agentes públicos estariam naturalmente acreditados a negociar e sendo os direitos trabalhistas direitos de ordem fundamental caberia ao Poder Público também adequar suas normas orçamentárias ao que seus representantes tenham negociado. Adotar-se-ia, assim, o que o Direito alienígena costuma denominar como “doutrina dos atos próprios”. De outra parte, reputou-se por bem incluir a observância das normas orçamentárias como norte para se evitar vícios de improbidade administrativa ou de prejuízos ao patrimônio público.

Desejou-se deixar claro que a negociação coletiva, embora tenha fundamentalmente efeitos normativos “erga omnes”, também poderá se realizar de modo apenas consultivo, sem que, contudo, se perca a competência originária. Não se quis aí distinguir matérias que sujeitassem os servidores apenas a serem consultados. Imaginou-se que em todas as matérias que envolvessem relações de trabalho e funcionais seriam obrigatórias a participação e a negociação com os servidores, porém naquelas acima de determinado valor, ou que colocassem em dúvida a própria integridade da Administração ou interesses da comunidade, o grau de cuidado com respeito aos princípios da negociação e o da juridicidade devesse ser maior, mediante interveniência de outros sujeitos.

Houve o intento de estabelecer a negociação como instrumento que pode ser adaptado às condições estaduais e locais, dando liberdade de disposição quanto à estrutura. Assim, não haveria obrigatoriedade de instituição de Mesas Gerais e Setoriais, como optou o Governo Federal atualmente. Cada ramo do Poder Público teria a necessária liberdade quanto a isso, com respeito às diferenças de perfil e de capacidade administrativa de cada esfera de poder.

Também se preocupou em ressaltar a liberdade sindical, quanto aos aspectos de organização das entidades sindicais e das entidades do Poder Público, para que pudessem ser criadas agências públicas especialistas em negociação coletiva ou que os sindicatos se reunissem para tanto, o que poderia redundar em diminuição das influências políticas.

Em cada um dos dispositivos imaginados pode-se perceber uma tentativa de superar, a partir dos resultados das experiências nacionais, aquilo que se percebeu como defeitos já revelados na nossa breve história quanto ao tema.

Com o mesmo propósito, tratou-se de relacionar, exemplificativamente, o que poderia ser enquadrado como conduta antissindical. Do mesmo modo, tratou-se de discorrer sobre atos de ingerência que pudessem desvirtuar as organizações de servidores públicos.

Nas condutas antissindicais e atentatórias a princípios da Administração Pública tratou-se de equipará-las em gravidade com os atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública, relacionados no artigo 11 da Lei n. 8.429, de 2.6.1.992, atraindo as variadas consequências dispostas nesta lei. Pela proposta feita incidiriam na possibilidade de capitulação por crimes de improbidade administrativa não somente os representantes do Poder Público como também os sindicais.

Em suma, são algumas observações e justificativas pensadas. Claro que se trata de um mero esboço. Outras questões certamente poderiam ser solucionadas, como a possibilidade de eventual ingerência junto ao Poder Legislativo, por parte do



Poder Público ou das organizações sindicais, para alterarem aquilo que previamente negociado.

Neste caso, a nova lei não poderia ofender o ato jurídico perfeito, direcionando-se, manifestamente, somente com efeitos ultrativos, ou, ainda, ser aplicado, como antes defendido, o princípio tutelar da condição mais benéfica.

Não poderia ocorrer, ainda, edição de lei que viesse a restringir a capacidade de negociação coletiva do servidor, pois tal, como amplamente defendido nesta dissertação, faz parte do rol dos direitos fundamentais e uma lei neste sentido atrairia a pecha de inconstitucionalidade, pois a alteração em direitos fundamentais é vedada, por se tratar de cláusula pétrea.

Sob o ponto de vista sustentado, configuraria restrição à capacidade de negociação do servidor retirar-lhe matérias sujeitas à contratação, pois faz parte do direito em si atingir tal resultado, o que não significa, de todo o modo, que o direito não seja relativizado e integrado à normatividade constitucional.

## CONCLUSÃO

1. Iniciou-se este trabalho pelo estudo do Estado em seu relacionamento com a sociedade e as teorias que informam o poder político.

Verificou-se que é difícil obter uma definição clara do que seja serviço público porque seu conceito é variável na exata proporção do que seja interessante para a atividade privada. Hoje, por exemplo, com o ganho de capacidade da iniciativa privada proveniente da manipulação de novas tecnologias e da globalização, é possível se falar em Estado Mínimo, com reduzida margem de discricionariedade e diminuição do exercício direto de intervenção na atividade econômica.

Conseqüentemente, a delimitação do que é pertencente aos universos público e privado é flexível e há uma atenuação entre tais fronteiras. Assim, ocorre uma exigência social para que o Estado dialogue com a sociedade e se abra para a participação e também para que assuma postura mais regulatória e fiscalizatória, deixando que a atividade societal ocorra com maior grau de liberdade.

No entanto, no que se refere à relação entre Estado e servidor permanece, ainda, uma visão rígida, com apego a noções tradicionais do Direito Administrativo que não se respaldam nos valores traduzidos pela Constituição e nos fatos sociais, mas que reforçam a ideia de anular a “voz” do trabalhador público.

2. Tais noções tradicionais do Direito Administrativo, tais como os mitos da “supremacia do interesse público”, o “princípio da legalidade” e “indisponibilidade do interesse público”, revelam a opção política e aspectos autoritários ligados à formação e evolução do Estado.

Nesse sentido, é possível, basicamente, dividir as teorias que discorrem sobre o funcionamento do Estado como teorias organicistas e utilitaristas. As primeiras defendem que o Estado se confunde com o “bem comum” e sua vontade equivale à “vontade geral”, com supressão de espaço para o particular, inclusive no

que se refere à sua dignidade enquanto pessoa. O indivíduo é visto como meio e não como fim, e a vida humana é simplificada na dimensão pública. O segundo tipo de teorias privilegia a vontade das majorias, tornando-se interesse geral aquilo que atender em maior escala aos interesses dos membros da sociedade. Porém, ainda assim, corre-se o risco de desproteger as minorias, levando-se em conta apenas a questão numérica dos interesses. Em última análise, conclui-se que o utilitarismo revelaria também um tipo de organicismo em que as pessoas seriam partes de um todo.

Solução mais bem adaptada a nosso momento constitucional não é a de pautar-se o funcionamento do Estado e da Sociedade segundo uma concepção individualista ou organicista, mas a de reconhecer a opção personalista da Constituição de 1988, em que a normatividade é centrada no indivíduo como agente transformador, porém se abre ao comunitarismo. Há, assim, uma mescla entre o particular e o espaço coletivo.

3. As teorias orgânicas e utilitárias da sociedade também possuem correlação com a crença de que a sociedade ou o Estado tem uma origem inexorável, de um determinismo social, ou é fruto da vontade humana. Assim, a sociedade teria um elemento ligado à finalidade ou valor social que, do modo como se concluiu neste trabalho, poderia perfeitamente conciliar-se numa visão personalista, com preservação da dignidade humana e de valores comunitários.

Além desse elemento ligado à finalidade social, as sociedades demandam manifestações de conjunto, caracterizadas pela reiteração, ordem e adequação, significando, em suma, a possibilidade de máxima expressão por mecanismos reiterados, em harmonia, para atingir-se o bem comum.

Todos, portanto, são responsáveis pela eficácia e materialidade da Constituição, pois todos são sujeitos e canais para sua interpretação e concretização.

Cite-se, ainda, como outro elemento presente nas sociedades, o poder social ou poder político.

4. O poder político, segundo Norberto Bobbio, é fundamentado em teorias substancialistas, subjetivistas e relacional. Para a teoria substancialista, o poder é uma coisa e é usado como se quer, como instrumento para se obter o desejado. Pode ser assim: o poder físico e constrictivo, como o poderio militar; o poder psicológico, à base de ameaças ou recompensas, cujo exemplo é o poder econômico; poder mental, exercitado pela persuasão ou dissuasão, cuja forma elementar é a educação.

Para a teoria subjetivista, o poder não é objeto, mas a capacidade do sujeito obter certos efeitos.

Para a teoria relacional, mais aceita atualmente, o poder é um conceito relacional, ou seja, só existe poder se alguém pode obter de outro um comportamento. Esta teoria está naturalmente imbricada com a concepção de liberdade.

A teoria estabelecida por um critério de meio (teoria substancialista) foi, contudo, a que mais ganhou presença e frequentemente se vê que o poder político é fundamentado ou no poder econômico, ou no poder ideológico, ou no poder político “stricto sensu”, sendo que este último se conjuga aos outros dois pela via coativa, usada de modo exclusivo.

O uso exclusivo do poder político pela via coativa veio a configurar a soberania, inicialmente com feição subjetivista e depois objetiva pela inversão do paradigma “ex parte principis” para “ex parte populis”.

A titularidade do uso do poder político, ao final, veio a residir no Estado, sendo que o desenvolvimento da teoria do Estado como um ente dotado de personalidade jurídica veio a contribuir para isso.

O Estado, dotado de personalidade jurídica e detentor de poder político e da soberania, é, no entanto, submisso ao ordenamento jurídico e possui direitos e deveres.

A legitimação do poder estatal, por seu turno, vincula-se a princípios de legitimidade, a fim de conhecer os “vários modos com os quais se procurou dar, a quem detém o poder, uma razão de comandar, e a quem suporta o poder uma razão de obedecer”.

Há princípios de vontade, com concepção descendente em que a vontade e a autoridade última do poder é Deus, e com concepção ascendente, em que a autoridade última é a vontade do povo.

Há princípios de natureza, em que esta é a fonte do poder como força originária ou pela identificação da lei da natureza com a lei da razão.

Há princípios ligados à história, em que a legitimação do poder se dá pelo apego ao passado e à tradição e os ligados a uma concepção revolucionária, cuja legitimação é a do poder que se constitui e tem como foco a história futura.

A importância da legitimação do poder é relacionada ao universo da obrigação política e ao direito de resistência, isto é, a fundamentação inadequada do poder gera espaço para o exercício do direito de resistência.

A ideia da negociação coletiva, neste contexto, funciona não só como meio autocompositivo, mas como direito de resistência exercitado de modo coletivo, por um trabalhador.

Os princípios ligados à justificação do poder com base na democracia, ao apelo à natureza ideal e ao progresso histórico têm maior afinidade com os movimentos de resistência, especialmente quando necessário renovar o perfil social.

A legitimação do poder hoje não mais está concentrada em um único centro de normatividade jurídica e é pelo pluralismo jurídico que se reconhece que o poder é exercido de modo circular e está difuso pela sociedade.

5. Contrariamente ao entendimento prevalecente de que o Direito Administrativo surgiu como resultado das revoluções burguesas em prol dos primeiros direitos fundamentais nota-se que este ramo jurídico tem uma veia garantística para a manutenção de privilégios mediante a criação de um espaço infenso à atuação do particular e dos Poderes Legislativo e Judiciário. Este espaço, portanto, era imune aos princípios da separação dos poderes e da legalidade e a Administração editava suas próprias normas e se sujeitava a uma jurisdição administrativa.

Essa ideia da Administração imune é que deu origem, entre outros, aos privilégios processuais em favor do Poder Público, sob o dogma de verticalidade nas relações entre o soberano e seus súditos para justificar a quebra de isonomia e a supremacia do interesse público sobre o dos particulares.

Essa ideologia administrativa, na relação entre Estado e quem lhe presta serviços, decorre (1) de uma visão orgânica do Estado e de quem lhe presta serviços, (2) de teorias como as do órgão e da impermeabilidade, além (3) da adoção, pelos governantes, de certo caráter privado na gestão da “coisa pública” (patrimonialismo).

Pela visão orgânica, não se compreendia possível a formação de relações jurídicas entre o Estado e seus agentes, pois no interior do Poder Público só havia uma única vontade, a estatal e seriam despropositadas normas jurídicas internas, pois impossíveis uma pretensão ou obrigação jurídica em face de si mesmo.

A visão orgânica foi quem forneceu substrato teórico para a concepção do modelo estatutário no vínculo profissional entre agente e Estado.

Pela teoria da impermeabilidade, igualmente o Estado era uma pessoa unitária, não coletiva, que, quando muito, instituiria relações de especial sujeição e não se submeteria ao princípio da legalidade a não ser no que coubesse para delimitar seu papel em relação à sociedade.

No entanto, a visão orgânica e a teoria da impermeabilidade impedem

enxergar o trabalhador público como destinatário de dignidade humana e finalidade da ordem jurídica.

Para mitigar o organicismo e a impermeabilidade é fundamental reconhecer a personalidade jurídica do Estado, como sujeito coletivo de direitos e deveres, e distinguir entre aquele e os que lhe prestam serviços relações de natureza orgânica ou funcional e de serviço.

A solução em âmbito administrativo pode ser parecida com aquela que se deu no Direito do Trabalho em que se chegou a uma teoria mista para explicar a contratualidade e a anticontratualidade presentes na relação de emprego.

6. A concepção do Estado como ente coletivo dotado de personalidade jurídica própria permitiu subordiná-lo à ordem jurídica e distingui-lo como “Estado-sujeito-de-direito” e “Estado-ordem-jurídica”, evitando o fenômeno da interpolação alternativa, que é a confusão de um com outro e que pode redundar no Estado patrimonialista, pelo qual os titulares da gestão administrativa se confundem com o próprio patrimônio público.

Aliás, esta é uma característica da Administração Pública brasileira, herdada dos tempos da colônia, em que há mescla das instituições públicas com o atendimento a interesses privados e ao clientelismo. Indo mais além, é possível antever que a característica de indiferenciar o que é público do privado e a utilizar-se aquele em benefício do segundo esteve presente em tempos imemoriais.

A negociação pública, neste aspecto, permite dar visibilidade às relações funcionais e de serviço na seara administrativa e abre para o espaço comunitário aquilo que poderia estar restrito a uma manipulação do interesse público em prol do privado.

7. Estudado o Estado, a sua estruturação e a questão da legitimação do poder, bem como verificado que o Estado fechado, imune à sociedade e ao relacionamento “interna-corporis” pode provocar o patrimonialismo e a má gestão dos interesses públicos, passou-se a ver, de outra parte, como foi importante para a

aquisição de direitos pelo homem moderno valorizar o postulado individual, dignificando a pessoa humana como sujeito de direitos.

A tentativa aí foi a de ponderar e equilibrar as ideias organicistas, do homem que se perde no todo, e das ideias de resistência e valorização da perspectiva individual como contraparte aos perigos do Estado sem limites.

Demonstrou-se que nas ideias jusracionalistas e da revolução francesa, sobretudo, concretizaram-se os fundamentos teóricos para a inversão da perspectiva “ex parte principis” para “ex parte civium” e que os conceitos de democracia e direitos humanos surgiram da valorização do indivíduo e da autonomia individual.

Percebeu-se, contudo, que o jusnaturalismo, embora tenha feito florescer o engrandecimento do contrato como espelho da liberdade em aspecto formal, enfrentou, após certo período de acomodação das forças sociais, o recrudescimento do Poder Estatal, especialmente pela ideia do monismo jurídico, o dogma da completude do ordenamento jurídico, como sistema fechado e o Estado como exclusivo produtor de normas sociais.

No entanto, as mesmas ideias jusnaturalistas, atualizadas por novos movimentos sociais, como os socialistas, marxistas e anarquistas, dentre outros, provocaram nova onda de resistência que desembocou no conceito de autonomia privada coletiva como modo de reivindicação e resistência, a fim de se formar um novo Direito, mais justo.

O movimento de resistência e a autonomia privada coletiva têm conexão com a defesa do acesso do indivíduo ao espaço público e da legitimação do poder não pela força coativa, mas pelo direito de associação.

8. A resistência não é um direito à parte da ordem jurídica. Ao contrário, está nela inserida para sua proteção e manifesta-se quando há ausência de legitimidade e ofensa à liberdade e à igualdade. Está, ainda, ligada às noções de Justiça Social e democracia participativa no âmbito do Direito do Trabalho.



Advoga-se, destarte, a ideia de que a negociação coletiva é instrumento de participação política e de acesso igualitário a questões de poder influenciáveis na relação profissional.

A negociação coletiva é, portanto, mais que um instrumento de autocomposição e visa a confrontar os anseios dos trabalhadores com a reação do capital.

A negociação coletiva possui uma eficácia de horizontalizar a resistência, pois propicia avanço social, cumprindo a promessa estatuída no “caput” do artigo 7º da Constituição de visar à melhoria da condição do trabalhador e, neste sentido, a palavra trabalhador possui a conotação de gênero que engloba não somente aquele que trabalha sob liame empregatício mas também outras espécies, como o trabalhador público.

A negociação coletiva cumpre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais na medida em que admite que não só no Estado, porém também nos corpos sociais, há capacidade de formação do Direito.

9. Dentro do Direito do Trabalho, a negociação coletiva surgiu a partir das ideias de pluralismo jurídico e autonomia privada coletiva.

O pluralismo veio por fim à ilusão do dogma da completude do ordenamento e que o negócio jurídico não pudesse ser fonte produtora do Direito. Negava, portanto, o Estado como centro de exclusiva normatividade jurídica.

Outros personagens estão, nesta linha, habilitados a provocar a gênese jurídica e o ordenamento jurídico está próximo a um sistema aberto, que molda e é moldado pelo meio social, em coordenação de forças.

O pluralismo encontra-se albergado na normatividade constitucional em diversos pontos, tais como: preâmbulo; art. 1º, IV; art. 17; art. 170; art. 206, III; art. 215 a 217; art. 220, § 5º. Também no art. 7º, XXVI, VI, XIII e XIV e no art. 8º, VI.

A ideia da valorização da dignidade da pessoa humana e da liberdade tem afinidade, indubitável, com o pluralismo e a participação. A própria ideia de democracia, que não se restringe à qualidade de representativa, mas também deve ser participativa, funda-se em conceitos como os de soberania popular e colaboração na formação da vontade coletiva. O princípio participativo é registrado na Constituição em dispositivos como os dos artigos 14, I, II, III e art. 5º, LXXIII.

A autonomia privada coletiva, diferentemente dos contornos que adquiriu enquanto autonomia privada individual, símbolo do liberalismo econômico e igualdade jurídico formal, representa instrumento de compensação de relações jurídicas desiguais e surgiu no momento em que o contrato ganhava uma dimensão coletiva e o Estado passava a ser responsabilizado por políticas sociais.

No nosso ordenamento jurídico atual, tal como posto, encontram-se habilitados a provocar a autonomia privada coletiva: os sindicatos, pelos trabalhadores (art. 8º, VI, da Constituição) e os empregadores, diretamente, ou por seus sindicatos. Supletivamente, em caso de não se constituir a categoria como sindicato, poderão atuar as federações e confederações, respectivamente. Não podem influir, neste aspecto, as centrais sindicais e as comissões de empresa.

Na convenção 154, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dentro do espírito da liberdade sindical, os sujeitos da autonomia privada coletiva poderão ser um empregador, um grupo de empregadores, uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outro lado, uma ou várias organizações de trabalhadores.

A Constituição Federal, contudo, não conseguiu vencer, ainda, vários empecilhos que prejudicam o livre curso da autonomia privada coletiva e que são os mesmos que afligem a liberdade sindical no Brasil: o critério da agregação profissional por categorias, o monopólio de representação sindical e a contribuição sindical compulsória.

Não se pode deixar de constatar que a conjuntura atual também traz

obstáculos à autonomia privada coletiva no âmbito do Direito do Trabalho, tais como o enfraquecimento do Estado e do sindicato, em face do desemprego estrutural e por este ainda representar somente os interesses dos trabalhadores empregados.

10. Firmadas as bases, com as características da autonomia privada coletiva, passou-se a procurar uma conceituação para a negociação coletiva dentro de sua evolução no Direito do Trabalho.

Conceitua-se, deste modo, a negociação coletiva do trabalho como o diálogo dos atores sociais, dentre eles obrigatoriamente trabalhadores e empregadores, diretamente ou por representação, influenciados pelo princípio da boa-fé, com capacidade de criação de normas autorregulatórias e como modo de ajuste de conflitos e manifestação do direito de resistência.

Como gênero próximo da negociação, está a autonomia privada coletiva, que revela as facetas normativa e autocompositiva do instrumento de diálogo.

Ressalta-se a inclusão da boa-fé e da sua característica de manifestar-se como direito de resistência, pois a negociação coletiva deve ser pautada pela melhoria das condições sociais dos trabalhadores, evitando-se o vício da lesão, especialmente ante a característica atual do mercado de trabalho em que sindicato e Estado estão enfraquecidos frente ao poder econômico.

11. Como princípios norteadores da negociação coletiva estão o da boa-fé, o da informação, o da razoabilidade (ou adequação), o da compulsoriedade negocial (ou dever de negociar), além de outros princípios enfocados por diversos autores e que podem ser depreendidos da aplicação da boa-fé, condição que deve estar presente, a todo momento, na negociação coletiva.

12. Dentre as funções da negociação coletiva, relatam-se as jurídicas e as não jurídicas. As jurídicas compreendem as funções normativa, obrigacional e compositiva. As não jurídicas abrangem as funções política, econômica e social. O destaque de todas é a função normativa, como a capacidade de se criarem, mediante a negociação coletiva de trabalho, normas válidas para as relações

individuais de emprego. Neste sentido, a negociação coletiva atua no espaço vazio deixado pela lei, via de regra.

13. Além do conceito, princípios e funções que regem a negociação coletiva do trabalho no setor privado, não se poder perder de foco que o fundamento básico que deve nortear o instituto é a igualdade, não restrita ao plano formal, mas que deve resolver questões como a falta de real liberdade na estrutura sindical brasileira e a ausência de solução da questão de proteção à relação de emprego, situações que não permitem igualdade material entre os sujeitos que participam do diálogo coletivo.

14. Nas normas internacionais, as ideias do pluralismo jurídico no âmbito trabalhista e da negociação coletiva do trabalho, inclusive para os trabalhadores públicos, podem ser extraídas dos seguintes diplomas e dispositivos: na Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos artigos 20 e 23; no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 8º; na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no artigo XIV; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos artigos 16 e 26; - na Declaração Sociolaboral do Mercosul, nos artigos 8º, 9º e 10; no Ato de Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no item III, “e”, do seu anexo; na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, da OIT, em 1998, no item 2, “a”; na Convenção 87, da OIT, no artigo 2º; na Convenção 98, da OIT, em seu artigo 4º; no verbete 893, do Conselho de Administração da OIT; na Convenção 151, da OIT (que trata especialmente do direito de sindicalização e relações de trabalho na Administração Pública); na Convenção 154, da OIT; na Recomendação 159, do Conselho de Administração, da OIT.

15. Após procurar examinar o Estado e sua estrutura, para concluir que a publicidade e o relacionamento com o servidor eram perspectivas que ultrapassavam teorias ultrapassadas como as do órgão e da impermeabilidade e após ter visto, sob o prisma individual, que a inversão do paradigma “ex parte principis” para “ex parte populus” e o direito de resistência propiciaram um “direito a ter direitos” e um espaço de avanço e democratização social, situação ainda não incorporada no âmbito interno da Administração Pública brasileira, passou-se a

estudar propriamente a negociação coletiva no serviço público.

E assim, partiu-se do exame da famosa decisão do STF, na ADIN 492-1, que, a respeito da Lei n. 8.112, de 11.12.1990, em seu artigo 240, “d” e “e”, deu procedência aos pedidos da Procuradoria Geral da República para deixar de reconhecer a possibilidade de negociação pública aos servidores públicos civis da União.

Verificou-se que tanto a Procuradoria da República quanto o voto prevaemente do Ministro Carlos Velloso fundaram-se em argumentos que podem ser resumidos em três pontos: a) a supremacia do interesse público; b) a aplicação do princípio da legalidade; c) a ausência de fundamentação constitucional do direito de negociação coletiva do servidor público.

Tais pontos, contudo, não possuem ressonância na atualidade jurídica e societal.

16. Quanto ao mito da “supremacia do interesse público”, além das considerações feitas nas partes I e II do trabalho, percebeu-se que é difícil conceituar o que seja interesse público, ainda mais se constatada a fragmentação da sociedade contemporânea.

Assim, se considerado o critério da prevalência do interesse, não se pode identificar como interesse público apenas o que fizer parte do Direito Público, pois a ordem jurídica protege os direitos fundamentais, que são interesses privados dos cidadãos, além de impor às relações privadas um grau crescente de normas de ordem pública, como ocorre no Direito do Trabalho e no Direito Empresarial.

Pelo critério da natureza das relações travadas entre os sujeitos, nota-se que há relações desiguais no âmbito do Direito Privado, marcadas por autoridade e subordinação, como na relação de emprego e relações cada vez mais igualitárias no âmbito público.

Pelo critério do sujeito, não se explicam relações de Direito Privado em que o

Estado comparece.

Ademais, a interferência recíproca entre o que é público e privado está presente em fenômenos tais como a “constitucionalização” de vários ramos do Direito Privado, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a “fuga para o Direito Privado” da Administração contemporânea e a publicização do Direito Privado. A presença do terceiro setor, composto por organizações não governamentais, associações de moradores, entidades de classe e outros são medida de que a administração do interesse público não cabe exclusivamente ao Poder Público.

Os direitos fundamentais não representam somente faculdades concedidas a indivíduos, mas detém, também, uma dimensão objetiva e qualificam-se como objeto de proteção estatal. Nesta linha, a proteção à liberdade de expressão do trabalhador faz parte do interesse público. Do mesmo modo, os interesses coletivos e difusos apontam para o interesse público.

Muitas vezes, contudo, não se nega que mesmo os direitos fundamentais, que não são absolutos, sofrem contingenciamento. Tais contingências podem estar na própria Constituição, nas leis por ela referidas, ou ser resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade e as suas subdivisões em princípios da adequação (os fins devem estar ajustados aos meios), da necessidade ou exigibilidade (averiguação se inexistente meio menos gravoso), da proporcionalidade “stricto sensu”, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício possível, levando em conta o conjunto dos interesses em jogo.

De nenhuma maneira, admite-se, contudo, a fixação da “supremacia do interesse público” como categoria “a priori”, mesmo porque os interesses primários da Administração não raro são atendidos por particulares e coletividades que surgem do meio social.

17. Superado o exame geral dos argumentos favoráveis à “supremacia do interesse público”, encontra-se, ainda, frequentemente, como decorrência da alegada “supremacia”, a afirmação de que o regime jurídico dos servidores deve ser

o estatutário, porque cabe à Administração impor regras unilateralmente e alterá-las a qualquer tempo.

No entanto, verifica-se que entre as terminologias consagradas na doutrina, como “agente público”, “servidor público” ou mesmo “função pública”, não se encontra, na ordem constitucional instaurada em 1988, qualquer referência ao termo “funcionário público”, revelando a intenção do legislador constitucional de promover a unificação dos diversos regimes de trabalho do servidor público e Estado. Tal tentativa é ressaltada com a decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2135, que voltou à redação originária o “caput” do artigo 37.

Aliás, a aproximação entre os chamados “funcionários públicos” e os que mantêm relação contratual com o Estado é fenômeno que já aconteceu em outros países desde o advento do Estado Social e a expansão das prestações de serviço pelo Poder Público.

18. A respeito do vínculo entre agente público e o Estado várias teorias surgiram, como a teoria do órgão, que considera o agente público dentro da ideia do recebimento de uma imputação estatal, pela qual servidor e Poder Público se tornam uma coisa só perante terceiros e o trabalhador não possui qualquer autonomia.

Há, outrossim, quem reúna dois grandes grupos teóricos, como os das teorias unilateralistas e as bilateralistas (contratualistas). Para as teorias unilateralistas, a função pública surge em base unilateral, pelo ato de nomeação do servidor e o regime que surge é unilateral. A nomeação é ato do poder público, de autoridade e consiste em atribuir a alguém prerrogativas especiais de poder público.

Entre as teorias unilateralistas, encontra-se a teoria da situação legal (ou da relação legal e unilateral, ou ainda, teoria estatutária), que preconiza que embora o indivíduo ingresse no serviço público por livre aceitação e não coação (teoria da coação legal) não há formação de um contrato, mas passa o indivíduo a ser regido por um estatuto de funcionário público, visto sua “condição especial”. Do mesmo modo que o indivíduo comum ante o Estado não é regido por relações

obrigacionais, o funcionário apresenta-se diante da Administração, da qual faz parte, em situação estatutária.

A teoria da situação legal (ou estatutária), que ganhou corpo, inclusive no Brasil, teve nítida correspondência com a visão organicista da sociedade, com o monismo jurídico em que o Estado era o centro produtor da atividade normativa e com o Positivismo Jurídico.

Embora não se possa dizer que exista uma teoria correta, constata-se que a distinção entre teorias estatutárias e contratualistas gira em torno da contraposição entre público e privado. A teoria estatutária, assim, parte do pressuposto da supremacia do Estado.

19. Refutando argumentos contrários a um regime contratual da função pública e à adoção de um ideal de aproximação entre os regimes estatutário e contratual pela Constituição de 1988 podem ser invocadas, dentre outras, as seguintes razões: a) a superação da visão organicista que confunde o servidor com o Estado, pois a pessoa humana sempre deve ser tratada como fim do Estado; b) apesar da diversidade das finalidades entre o Estado e os entes privados, para realizar uma ou outra é necessário o trabalho humano, que deve ser tratado com dignidade; c) a concepção equivocada de que o Direito do Trabalho visa somente proteger o valor trabalho, pois também a proteção aos interesses do empregador ocorre na seara daquele ramo jurídico; d) tanto o Estado quanto seus agentes não deixam de observar os fins públicos quando utilizadas formas de atuação próprias ao Direito Privado; e) a ocorrência de normas de ordem pública também nas relações privadas; f) a existência de condicionamentos econômicos e políticos no setor público que provocam a necessária resistência no funcionamento da negociação coletiva no setor público; g) a inverdade de que a adoção de normas contratuais no regime jurídico público impediriam qualquer alteração contratual. O que restaria impedido seriam alterações unilaterais não decorrentes da lei ou do ordenamento jurídico, pois prevalecente o artigo 468 da CLT, dirigido às normas de aderência absoluta. Para as normas de aderência relativa seriam possíveis alterações. Ademais, o fundamento da inalterabilidade é o da dignidade do trabalhador, preocupação demonstrada pelo legislador constitucional, em vários



dispositivos, também quanto ao servidor público. No Direito do Trabalho, há hipóteses em que a alteração contratual é possível, seja quando do uso do “jus variandi”, seja em situações previstas no ordenamento jurídico; a plena possibilidade de conciliação do regime estatutário e do princípio federativo; a falta de consistência do argumento de que a expressão “instituirão”, do artigo 39, “caput”, da Lei Maior fosse exigência de adoção de regime estatutário; a circunstância de que o artigo 39, § 2º não consiste um “numerus clausus”, pois é possível alargar-se os direitos dos trabalhadores públicos além do ali previsto; a impossibilidade de se concluir que a previsão constitucional de normas específicas para determinadas carreiras, tais como as da Magistratura e Ministério Público, seja indício de que o regime jurídico único devesse ser o estatutário; a possibilidade de se combinar as regras atuariais e contábeis para a conciliação entre a necessidade de paridade de vencimentos e proventos de aposentadoria em qualquer que seja o regime escolhido; a observância a normas cogentes tanto em regimes estatutários quanto em regimes contratuais de função pública.

Não há justificativa, portanto, de que seja obrigatória a adoção do regime estatutário e que tal consista empecilho à utilização da negociação coletiva. Ademais, o que se nota é que os institutos jurídicos tendem a se aproximar. Assim, tanto a relação contratual quanto à relação estatutária são regidas por um feixe de normas jurídicas que compõem um estatuto jurídico próprio. Deste modo, é patente a tendência universalizadora do Direito do Trabalho, da qual dão conta o fenômeno da sua constitucionalização e a nítida intenção de aproximar os direitos trabalhistas dos trabalhadores do setor privado e público.

20. Percebem-se, outrossim, similitudes entre o contrato de trabalho e a relação estatutária: a adesão do empregado e empregador a um modelo jurídico preconcebido, com padronização de relações jurídicas; a instituição de um parâmetro civilizatório mínimo no “caput” do artigo 7º da Constituição Federal, quando utilizada a expressão “trabalhador” como gênero; a mitigação da autonomia da vontade pelo dirigismo do ordenamento jurídico, que submete igualmente o empregado e o empregador e o agente público e seu tomador de serviços; a possibilidade de alterações do contrato de trabalho em certas hipóteses: “jus variandi” e previsões legais; a igual capacidade de que as alterações legais

promovam modificações no regime estatutário e contratual em relação a situações jurídicas não consolidadas; a presença da subordinação jurídica tanto do empregado quanto ao empregador, no contrato de trabalho, quanto do servidor público em relação ao Estado e a ocorrência de limitações ao poder diretivo do empregador e do Estado no devido respeito à ordem jurídica; a presença de outros pressupostos da relação de emprego também na relação estatutária, tais como os requisitos da pessoalidade e onerosidade.

21. Quanto ao princípio da legalidade como empecilho à negociação coletiva do servidor público, constata-se que o argumento refere-se, em suma, à necessidade de observância das limitações constitucionais e da Lei Complementar 101/2000 (lei de responsabilidade na gestão fiscal), no concernente à iniciativa do Presidente da República em propor aumentos e reajustes salariais, à dependência de prévia dotação orçamentária e as restrições dos gastos com pessoal a certos limites.

Quanto às normas constitucionais que impõem ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que versem sobre remuneração de servidores e leis de conteúdo orçamentário, deve-se concluir que a remessa privativa pelo Chefe do Executivo não impede a pré-discussão dos temas nela relacionados. Assim, a figura do Presidente da República e seus correlatos nas entidades federadas representa a de consolidar o orçamento e centralizar dados, o que não descarta a ocorrência de diálogo e de, no mínimo, uma negociação consultiva dos interesses daqueles a quem as normas se direcionam. Aliás, neste sentido, vários municípios já deram exemplos de realização de orçamentos participativos.

Assim, se há uma necessidade que se repete anualmente, que é a de promover a revisão geral da remuneração de servidores e de subsídios, por que não institucionalizar um procedimento permanente para este mister? A propósito, na redação do artigo 39, “caput”, de acordo com a Emenda Constitucional 19/98, houve a previsão da instituição de um “conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”, o que, indubitavelmente, é indicativo da ausência de vedação à participação dos servidores na discussão das políticas de administração de pessoal

e remuneração.

O fato de existirem limites materiais ou subjetivos na forma com que se pode dar a negociação coletiva no serviço público não representa impossibilidade do uso deste recurso. Mesmo no setor privado a negociação coletiva sofre limitações dos sujeitos que estão habilitados a nela participarem e de assuntos que não poderão ser veiculados pela negociação coletiva.

Ademais, não pode ser olvidado que nem todas as negociações coletivas restringem-se a questões salariais, podendo dizer respeito a condições de trabalho, assim como nem sempre as negociações resultam em contratação coletiva.

Há matérias, contudo, que independem de lei para serem acertadas e a negociação coletiva aí pode encetar efeitos diretamente vinculantes.

Ressalta-se, ainda, que a própria Constituição Federal, no rol dos direitos previstos ao servidor público, no artigo 39, § 3º, efetua remissão ao artigo 7º, XIII, possibilitando redução de jornada e compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Ora, a negociação, como enfatizado, é diálogo, conversação. Impossível pensar em um instrumento deste tipo que possa servir apenas para o interesse exclusivo do tomador de serviços sem sua viabilidade em prol dos trabalhadores. A própria origem da negociação coletiva peca contra tal pretensão.

22. O princípio da legalidade, hoje, abandonou uma compreensão estreita de subordinação formal ao Poder Legislativo, como centralizador da atividade normativa, para corresponder, em realidade, à observância da normatividade constitucional dos princípios e direitos fundamentais. Abandona-se o legiscentrismo e fala-se em constitucionalismo, de que modo que a Constituição figura como um sistema aberto de princípios e regras, com estrutura dialógica e fluida e é norte para a criação e aplicação de todo o Direito.

Muito disso decorreu da chamada “crise da lei” e pela dificuldade de o Legislativo exprimir a vontade geral, de modo que se tornou natural o

reconhecimento da capacidade normativa do Poder Executivo e a admissão de uma nova feição à concepção tradicional de separação dos poderes. A Administração, assim, além da submissão estrita à lei investe-se no poder/dever de submeter-se ao ordenamento jurídico como um todo, com especial relevo à Constituição que contém os valores-vertice para a atuação de todos.

A função normativa pelo Poder Público é exercitável de acordo com outros princípios-chave, como os da isonomia, segurança jurídica e publicidade administrativas, todos essencialmente ligados à dinâmica e estrutura da negociação coletiva do trabalho, que é instrumento para a promoção da igualdade material, para instituição de critérios claros e permanentes para discussão dos assuntos que se lhe impõem e como controle social e participação democrática.

Ainda que não se possa entender que o princípio da legalidade, na abordagem tradicionalmente dada a ele, resolva-se nos subprincípios da preferência da lei e da reserva legal, sendo estes, em verdade, apenas dimensões do aspecto da legalidade, o qual se alarga em direção à normatividade constitucional, ainda assim é possível vislumbrar autorização para a função normativa da Administração e, por consequência, autorização para a capacidade de negociar com os servidores públicos, dentro da abordagem tradicional. Há espaço nas figuras do decreto autônomo do artigo 84, VI, “a” e “b”, da CR, para que a Administração resolva, em participação democrática, assuntos ligados à organização e funcionamento da Administração e extinção de funções ou órgãos públicos quando vagos, e na figura do decreto regulamentador, do artigo 84, IV, cuja função não é apenas a de repetir a lei mas também a de cumprir a imposição de que a Administração concretize a eficácia dos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

23. Quanto à fundamentação constitucional do direito à negociação coletiva no serviço público, verificou-se que a ausência de menção ao artigo 7º, XXVI, pelo artigo 39, § 3º da Constituição Federal, quando tratou de relacionar direitos do servidor público, não configura situação de silêncio eloquente ou de lacunas normativa ou axiológica que requeressem colmatação ou integração jurídicas.

A Constituição constitui um sistema aberto de caráter dinâmico, com regras e

princípios, sendo que estes têm grande grau de abstração e alta carga valorativa. Os princípios e os direitos fundamentais, na Constituição, não se restringem à determinada geografia no corpo constitucional nem se confundem com a Constituição formal, porém detém força irradiante. O bloco de materialidade constitucional abrange, assim, princípios e direitos fundamentais explícitos e outros implícitos no ordenamento nacional e em instrumentos normativos internacionais compatíveis com a ordem jurídica pátria.

Desta maneira, a negociação coletiva é, sem dúvida, direito implícito nos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil e albergada no bloco da materialidade constitucional, ainda que não haja disposição específica na carta constitucional a seu respeito. Do mesmo modo, quanto ao servidor público, a negociação coletiva possui a mesma importância que tem para o trabalhador da iniciativa privada, situação ressaltada pela comunhão que há entre os direitos à negociação coletiva e os direitos à greve e à sindicalização já reconhecidos expressamente pela Lei maior, no artigo 39.

O direito à negociação coletiva do servidor público diretamente relaciona-se à sua liberdade de expressão, ao pluralismo jurídico, à proteção de sua cidadania, ao direito à participação e à democracia participativa e não somente representativa. Caracteriza-se, portanto, como um direito fundamental/princípio implícito, cuja aplicabilidade é imediata, a teor do artigo 5º, § 1º, da Constituição da República.

Dentro da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a negociação coletiva insere-se no dever de concretização imposto ao Estado e aos demais aplicadores jurídicos. Há um dever que impõe que as entidades públicas observem a participação democrática dos trabalhadores nas instâncias decisórias.

É necessário, neste tocante, evitar a falta de concretude de direitos fundamentais e, do mesmo modo, impende alterar-se o entendimento administrativo e judiciário quanto ao recurso à negociação coletiva pelo servidor público.

Não é possível que, em relação à ADIN 492-1, a decisão proferida pelo STF, no ano de 1992, exclusivamente quanto à situação dos trabalhadores públicos

federais, possa ainda representar entrave ao exame honesto e atualizado do assunto, deixado de conferir a necessária eficácia e concretização a este direito fundamental/ princípio constitucional implícito.

24. Nas experiências do Direito estrangeiro, nota-se que os países dividem-se entre aqueles que não preveem a negociação coletiva e os que a incorporaram ao Direito interno. Nestes últimos distinguem-se os que admitem efeitos vinculantes e outros cujos efeitos da negociação são meramente consultivos.

Na França, por exemplo, ambas as vias postas à disposição dos trabalhadores são de natureza consultiva, o que sofre críticas dos sindicatos profissionais.

Na Espanha, após a resistência inicial em admitir a negociação coletiva do trabalhador público como um direito fundamental ligado à liberdade sindical, acabou-se por prever a negociação com efeitos vinculantes, em matérias de menor importância e de setores específicos, e com efeitos consultivos, em relação a todos outros assuntos sempre que as consequências das decisões da Administração Pública puderem repercutir nas condições de trabalho de funcionários. A negociação se dá em dois níveis, o das Mesas Gerais e o das Mesas Setoriais.

Mesmo quando não houver força vinculante, a consulta aos trabalhadores é condição obrigatória de validade das determinações administrativas. Além disso, há um caráter permanente em que pelo menos uma vez ao ano se procede à negociação.

Da negociação coletiva resultam dois tipos de instrumentos, os acordos e os pactos, estes com eficácia jurídica interna e de efeitos vinculantes, sem a dependência de aprovação de autoridades superiores e os primeiros, cuja obrigatoriedade reside na observância do procedimento, mas que são dependentes de aprovação expressa de órgãos próprios e correspondem ao modelo da negociação consultiva. Os acordos poderão produzir efeitos sem a necessidade de aprovação do Parlamento desde que a matéria não seja relativa a incrementos de retribuições ou esteja sujeita à reserva legal.

A Administração sofre certa reserva na apreciação dos acordos, pela aplicação do princípio da boa-fé e em decorrência da “doutrina dos atos próprios”, reputando-se devidamente acreditados pelas instâncias superiores aqueles que comparecem como representantes do Poder Público no procedimento de negociação, com presunção de que foram recebidas as instruções devidas.

A doutrina espanhola cita, como princípios aplicáveis à negociação coletiva do servidor público, os da legalidade, da cobertura orçamentária, da obrigatoriedade de negociação, da boa-fé, da representatividade sindical, da competência e da publicidade.

A crítica que se faz é que o Direito espanhol não avançou o suficiente, pois não reconheceu plena eficácia normativa aos acordos coletivos, independente de qualquer sujeição a controle de oportunidade.

Neste sentido, a Alemanha parece estar mais avançada, pois admite a negociação com efeitos vinculantes para a maior parte dos servidores públicos, que são justamente os que possuem relação laboral regida pelo Direito do Trabalho.

Há naquele país, entretanto, uma flagrante diferenciação entre os “funcionários públicos” e os trabalhadores públicos regidos pelo regime do Direito do Trabalho, sem que se possa estabelecer um critério claro de quais funções cabe a uma categoria e quais cabem a outra. O que se nota, na prática, é que numa mesma atividade encontram-se trabalhadores das duas espécies. Um, o funcionário público, sujeito a dever de fidelidade e neutralidade política, com proibição do direito à greve e outro, com acesso amplo à liberdade sindical, inclusive greve e negociação coletiva, com possibilidade de encetar contratação coletiva com efeitos vinculantes, sem maiores necessidades de aprovações posteriores. Mesmo assim, aos funcionários públicos é assegurado, ao menos, o direito à participação na elaboração de regras gerais relativas às suas relações jurídicas com o Estado.

A novidade do Direito alemão, além da ampla possibilidade de contratação coletiva com os empregados públicos, sem a submissão à aprovação de

autoridades superiores, é a flexível possibilidade de organização sindical que possibilita que os Estados federados e as comunas constituam associações de empregadores especificamente estabelecidas para empreender a negociação coletiva.

Outra característica relevante do Direito alemão é que as restrições orçamentárias não são empecilhos à negociação coletiva. Primeiro, porque há certa flexibilidade na legislação orçamentária que permite adaptar o orçamento a novas despesas decorrentes de contratos coletivos, ainda que no mesmo exercício financeiro. Segundo, porque quando os representantes da Administração se envolvem na negociação coletiva sabem os limites possíveis repassados pelo Ministro das Finanças, inexistindo necessidade de prévia autorização legal. Terceiro, porque prevalece o entendimento de que o Direito do Trabalho tem preferência sobre o Direito Orçamentário: a inobservância dos preceitos financeiros acarreta consequência para os órgãos e agentes culpados, mas não se volta contra os empregados.

Na Itália, a negociação coletiva foi introduzida de maneira institucionalizada para a função pública estatal, em 1983, com a chamada “Lei Quadro” (Lei n. 93/1983), posteriormente alterada pelo Decreto Legislativo 29/93. De acordo com tais normas, parte da disciplina da função pública, principalmente o aspecto econômico, e também alguns institutos relativos a deveres e direitos dos servidores, passaram a ser regulados por contratos coletivos negociados entre representantes do Estado e os sindicatos dos servidores, com necessidade de posterior aprovação por decreto presidencial, o qual não realizaria exame discricionário, mas mero controle final de legalidade e provocaria a eficácia “erga omnes” do contratado. Certas matérias, contudo, ficam ao largo da contratação coletiva com efeitos vinculantes, porém é prevista a realização de consultas às organizações sindicais.

Com a “Lei Quadro” operou-se a privatização da função pública, aproximando-a ao regime de emprego privado. As contratações se dão em três níveis: o contrato coletivo quadro, que é instrumento preliminar com normas gerais para todos os setores da Administração Pública; o contrato coletivo setorial, aplicável somente a servidores de um dado setor; contratos coletivos



descentralizados, para servidores de uma só unidade administrativa. As matérias sujeitas à negociação nos dois últimos níveis são definidas no contrato coletivo quadro.

Quanto à questão da representação da Administração foi instituída uma Agência de Representação Negocial para as negociações quadro e setoriais, com personalidade jurídica própria e submissão à Presidência do Conselho de Ministros. A criação desta entidade visou afastar influências políticas nas negociações.

Outros países também adotaram a negociação coletiva entre servidores públicos. Assim, a Argentina, que ratificou a Convenção 151 da OIT desde 1986 e que possui lei própria sobre o assunto, estabelecendo a negociação em nível geral ou setorial, excluindo certas matérias e fixando, quanto às condições econômicas, necessidade de prévia complementação orçamentária ou geração de efeitos para o exercício seguinte.

Também EUA, Canadá e Inglaterra possuem sistemas de negociação com os trabalhadores públicos.

Em alguns países, como a Itália e a Inglaterra, certas categorias de trabalhadores estão excluídos da possibilidade de negociação coletiva. Assim, exemplificativamente, juízes, militares e policiais.

Em Portugal, a negociação coletiva, embora seja de modelo consultivo, de acordo com o Decreto-lei n. 45-A, acaba por produzir um acordo coletivo que influi e condiciona a decisão da Administração ou a formação de eventual lei, possuindo força vinculativa imediata na medida em que se predetermina o objeto da regulamentação a se expedir.

25. Das experiências dos outros países, destaca-se, ainda, a aproximação do regime de trabalho na função pública com as normas de Direito do Trabalho e que o modelo regido por normas contratuais do Direito do Trabalho demonstra ser mais democrático e atualizado. Além do mais, não se justifica, nos tempos hodiernos, a distinção de direitos entre os trabalhadores públicos e privados. A Constituição

portuguesa, neste aspecto, utiliza expressão comum, “trabalhadores da Administração” que afasta diversidade de tratamentos. No mesmo sentido, pode ser interpretado o “caput” do artigo 7º da Constituição brasileira, que utiliza expressão genérica, evidenciando que os dispositivos ali enfocados não se destinam, em tese, somente ao profissional regido pela Consolidação das Leis do Trabalho porém evidenciam um parâmetro civilizatório mínimo em se tratando de direitos sociais do trabalho.

Também restou claro, das práticas estrangeiras, que a negociação coletiva pode se dar segundo dois modelos, o consultivo e o vinculante. O modelo vinculante é o mais democrático e participativo, porém não se pode deixar de reconhecer que na Administração Pública é pouco provável um modelo puro de negociação autônoma, em face da necessidade de controle social e de exame de legalidade. Mesmo na negociação consultiva, por outro lado, há de se reconhecer que há geração de efeitos obrigacionais, pois a Administração, via de regra, adota-a como parte da eficácia de suas decisões administrativas, ainda que unilaterais. O posicionamento contrário do Poder Público ao resultado de uma consulta deve ser devidamente fundamentado.

Quanto às matérias limitadas à negociação coletiva há divergências específicas de cada país, porém de maneira geral aquelas ligadas à organização do Estado, ao poder disciplinar e ao relacionamento com o usuário do serviço público, são ressalvadas.

Em relação à realidade nacional, a negociação vinculante certamente sofre limitações procedimentais quando versar sobre matérias que envolvam reserva legal. Pode-se estabelecer, talvez, uma equação de que todos os assuntos relativos à relação funcional entre servidor e Estado sejam passíveis de negociação vinculante, ainda que com limitações procedimentais. Na relação orgânica, a negociação adotaria um modelo consultivo. Assim, tanto nas hipóteses de decreto regulamentar quanto nas de decreto autônomo, em tese, a negociação com modelo vinculante não seria impossível. Além disso, há matérias que independente de lei, abrem-se à negociação com caráter vinculante, especialmente as questões atinentes à segurança e medicina do trabalho.

As experiências externas trazem luz, outrossim, quanto à possibilidade de se equacionar de modo diferente as questões da organização sindical e representatividade sindical, especialmente pelos exemplos de negociações realizadas em mais de um nível e de forma descentralizada. Para os aspectos gerais da função pública, a negociação geral. Para aspectos específicos da gestão administrativa, negociações setorializadas, sem descurar-se, entretanto, das mazelas alertadas pela OIT quanto aos riscos da excessiva descentralização da negociação coletiva no setor público.

Muito recomendável seria que entre nós se adotasse, tal qual o ocorrido na Espanha, Alemanha ou Itália, uma doutrina dos atos próprios em que os representantes da Administração, nos procedimentos de negociação, tivessem reais poderes de negociar, com efeitos normativos e obrigacionais em relação ao que fosse decidido em contratação coletiva, sem a configuração de mero compromisso político. Tal doutrina viabilizaria, entre nós, compreender melhor a prevalência das regras de Direito do Trabalho sobre as de Direito Financeiro, sem deixar de se respeitar as limitações constitucionais e de responsabilidade fiscal quanto aos gastos públicos.

Também seria recomendável viabilizar um sistema de proteção ao objeto da contratação coletiva, de modo que não pudesse a lei vir a obstar o avanço obtido pela via negocial, especialmente em casos de influências políticas conjunturais e na criação de leis de ocasião. Uma solução, em caso de conflitos de normas de tais tipos, seria o uso do princípio protetor da aplicabilidade da norma mais benéfica.

26. Quanto às experiências nacionais de negociação coletiva, verificou-se que, apesar de ainda estarem em fase embrionária, permitem apreender algumas lições quanto ao perfil e características nacionais. Primeiro, a de que as ideologias partidárias não devem substituir o diálogo e as ingerências da Administração Pública no sindicato e deste naquela devem ser evitadas. O bom relacionamento entre os Poderes Legislativo e Executivo é fundamental para que também aí não haja conflito de atividade normativa. A participação do Ministério Público, se não é primordial na negociação coletiva de trabalho empreendida na iniciativa privada,

pode, em alguns casos, servir de fator de estabilização e de garantia de respeito à juridicidade quando se está em âmbito público.

Quanto aos aspectos positivos evidenciados, nota-se que a negociação coletiva pode ser utilizada para intenções diversas, como, diminuição do número de trabalhadores analfabetos, celebração de convênios para obtenção de moradia própria, definição da forma de municipalização de serviços do SUS, elaboração de plano de cargos e salários, confecção de estatuto de magistério, sistema de avaliação por usuários de serviços públicos, estabelecimento de procedimentos para aplicação de punições disciplinares com diminuição de injustiças e outras tantas melhorias das condições de trabalho.

Destacam-se, ainda, a Mesa Nacional de Negociação do Sus e, em nível federal, o Sistema de Negociação Permanente da Administração Pública Federal, que instituiu, em 2003, a Mesa Nacional de Negociação Permanente – MNNP, que já celebrou mais de setenta acordos de trabalho sobre diversos temas.

Há um projeto de emenda constitucional sobre o assunto, PEC 129/03, e outros projetos de lei, 229/03 e 966/07, este último com clara inspiração no modelo adotado pelo governo federal. Quanto à PEC, a própria incorporação da Convenção 151 da OIT ao direito interno, desde a edição do Decreto Legislativo 206/10, torna desnecessário o prosseguimento do projeto de emenda.

Ao final, foi proposto um modelo de projeto de lei, com preocupação de ressaltar a capacidade normativa do uso da negociação coletiva do trabalho no serviço público e a garantia de liberdade quanto à forma de seu uso e adaptabilidade às características regionais e locais, além de dar relevo ao atendimento de outros interesses sociais, como os da comunidade e os dos usuários dos serviços públicos.

Desta maneira, finaliza-se a dissertação, tendo procurado demonstrar que sob todos os ângulos, desde a estrutura interna do Estado e as teorias de legitimação do poder até o prisma de que o indivíduo não se perde no todo e tem a condição básica de sujeito de direitos (e deveres), inclusive em relação ao Estado

tomador de serviços, a negociação coletiva que envolva o trabalhador público é garantia de emancipação política para o servidor e também de amadurecimento na gestão da coisa pública. É medida de democracia, de controle social e transparência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Conflitos coletivos e negociação na função pública – contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1998.

AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2006.

AVILÉS, Antonio Ojeda; URIARTE, Oscar Ermida (Eds.). **La Negociación colectiva en América Latina**. Madri: Edittorial Trotta – Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1993.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. Celso Bastos Editora: São Paulo, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. atual. São

Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRAGA, Douglas Gerson. **Cartilha da Negociação Coletiva de Trabalho no Setor Público**. São Paulo: ISP Brasil, 2002.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do Direito Comparado e da doutrina da OIT: proposta de inserção da comissão de empresa**. São Paulo: LTr, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Artigos 1º a 107. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. v. 1.

CARDOSO, Jair Aparecido. **A manutenção da estabilidade no emprego no Brasil, na Constituição Federal de 1988**. Tese de doutoramento apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2006.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo Resende. **Direito Coletivo do trabalho: uma aproximação pós-estrutura “in” Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial – Estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen**. Coordenadores Tácio José Vidotti e Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. São Paulo: LTr, 2003.

CHEIBUB, Zairo B. In **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, volume 15, número 43, junho de 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In **Direito Previdenciário e Constituição – homenagem a Wladimir Novaes Martinez**. LTr.

CRUZ, Eliane. **Saudações a quem tem coragem. Dez experiências de negociação sindical no setor público.** São Paulo; ISP Brasil.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DICIONÁRIO ELETRÔNICO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA  
MULTIUSUÁRIO 1.0.20

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 17. ed. à luz da Lei n. 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de Norma Jurídica como problema de essência.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES, Francisco Liberal. Autonomia Colectiva dos trabalhadores da Administração. Crise do modelo clássico de emprego público. In **Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra.** Coimbra, PT: Coimbra Editora, 1995.

FERRAZ, Luciano e MOTTA, Fabrício (coords. e coautores). **Direito Público Moderno.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA, Duvanier Paiva; RIBEIRO, Idel Profeta e ALVES, Charles Moura. **Negociação Coletiva de Trabalho no Serviço Público Brasileiro.** XIII Congresso



Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública – Buenos Aires, Argentina, 4-7 Novembro de 2008.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via e seus críticos**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

LAFER, Celso. Hannah Arendt. Pensamento, Persuasão e Poder. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Ed., 2006.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 2. ed., ampl. e rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDONÇA, Sérgio Eduardo A. **A Experiência Recente da Negociação Coletiva na Administração Pública no Brasil**. Foro Iberoamericano: Revitalización de la Administración Pública. Estrategias para la Implantación de la Carta Iberoamericana de la Función Pública. México D.F. México, 5 e 6 de maio de 2005. <http://www.clad.org.ve>.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra Editora, 2002.

MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho/Evaristo de Moraes Filho, Antonio Carlos Flores de Moraes. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003.

MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo

Horizonte: Fórum, 2007.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PASQUALINI, Alexandre *et al.* **O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRIMEIRA JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RÜDIGER, Susanne Dorothee. In LINDGREN ALVES, J. A. **Direito e cidadania na pós-modernidade por J.A. Lindgren Alves, Gunther Teubner, Joaquim L. de R. Alvim e Dorothee S. Rüdiger**. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Direito Coletivo do trabalho: uma aproximação pós-estrutura**. In **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial**

– **Estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen.** (Coords.) Tácio José Vidotti e Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: teoria e prática jurisprudencial.** São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas.** São Paulo: LTr, 2007.

SARMENTO, Daniel. In SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público.** (Colab.) Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. **Os servidores públicos e o direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, José Affonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada, ordem pública e flexibilização do Direito do Trabalho. In **Revista da Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século – edição comemorativa do cinquentenário.** Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

SILVEIRA, Raquel Dias da. O repensar da noção de serviço público. In **Direito Público Moderno, Homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho.** (Coord.) Luciano Ferraz e Fabrício Motta. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, José Ronald Cavalcante Soares (coord). **Estudos de Direito Constitucional: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: LTr, 2001.

STOLL, Luciana Bullamah. **Negociação Coletiva no setor público**. São Paulo: LTr, 2007.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996. v. 2.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador**. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. **Revista LTr**, 67-07780, julho de 2003.

VIANA, Márcio Túlio (coord.). **A Reforma Sindical no âmbito da nova competência trabalhista**. (Colab.) Florença Drumont Oliveira e Lorena Vasconcelos Porto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2005.

VIANA, Márcio Túlio, em trabalho vencedor do Prêmio Orlando Teixeira da Costa, em concurso de monografias promovido pela ANAMATRA.

Sites: [www.diap.org.br](http://www.diap.org.br)

[www.servidor.gov.br](http://www.servidor.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.oit.org.br](http://www.oit.org.br)

<http://jus2.uol.com.br/doutrina>