



Prisma Jurídico

ISSN: 1677-4760

prismajuridico@uninove.br

Universidade Nove de Julho

Brasil

Corrêa Lima de Carvalho, Juliana Brina

Os direitos sociais dos servidores públicos à luz da redefinição da supremacia do interesse público no estado democrático de direito

Prisma Jurídico, vol. 11, núm. 2, julio-diciembre, 2012, pp. 229-262

Universidade Nove de Julho

São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426910002>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Os direitos sociais dos servidores públicos à luz da redefinição da supremacia do interesse público no estado democrático de direito

The social rights of civil servants in the light of the redefinition of the supremacy of public interest in the Democratic Constitutional State

Juliana Brina Corrêa Lima de Carvalho

Aluna do curso de extensão em Direito Constitucional e em Direitos Humanos em Harvard University.
Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
(2009). Assessora no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais – TRE/MG.
Minas Gerais – Brasil
jubrina@gmail.com

Resumo: O presente artigo pretende repensar a natureza dos direitos sociais do servidor público, no modelo participativo-consensual instaurado pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista a tutela da situação jurídica do agente. Na análise de tal objeto, o trabalho obedeceu à técnica de pesquisa teórica e ao processo de estudo interdisciplinar. Inicialmente, estudaremos os direitos sociais conferidos pela Constituição de 1988 aos servidores públicos. Em seguida, analisaremos a evolução do consensualismo no Direito Administrativo, especialmente a partir da transição do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito. A seguir, buscaremos redefinir a noção de interesse público, tendo em vista o vetor da dignidade da pessoa humana. Por fim, a partir de tal noção, tentaremos repensar a concepção acerca dos direitos sociais do servidor público.

Palavras-chave: Direitos sociais. Estado Democrático de Direito. Servidores públicos. Interesse público.

Abstract: This writing aims to rethink the nature of social rights of public servants, in the consensual and participatory model introduced by the Democratic Constitutional State, in order to provide the safeguarding of the legal position of the agent. In the analysis of such an object, the work followed the technique of theoretical research and the process of interdisciplinary study. Initially, we will study the social rights conferred by the Brazilian Constitution of 1988 to the public servants. Then, we will analyze the evolution of consensus in administrative law, especially from the transition of the Liberal State to the Democratic Constitutional State. After that, we will provide a redefinition of the notion of public interest, given the vector of human dignity. Finally, from this notion, we will try to rethink the design of social rights conferred to the public servants in Brazil.

Key words: Social rights. Democratic Constitutional State. Civil servants. Public interest.

1 Introdução

A natureza jurídica do vínculo formado entre o Estado e o servidor estatal ocupante de cargo público tem sido, tradicionalmente, definida pela doutrina como *estatutária*, cujo regime seria unilateralmente estabelecido e alterado pelo Estado sempre que necessário à consecução do interesse público. Tal concepção surge durante a formação do Estado Liberal e tem, pois, como fundamento, a dogmática jurídico-administrativa tradicional, cujo eixo situa-se na doutrina do ato administrativo, igualmente marcado pela unilateralidade. Afirma-se, nessa esteira, que o chamado regime *estatutário* da função pública é o mais adequado à proteção da supremacia do interesse público, devido, precisamente, ao fato de ser fixado e alterado unilateralmente pelo Estado, com vistas à consecução do interesse público.

A Constituição Federal de 1988, entretanto, consagrou, por meio da adoção do paradigma do Estado Social e Democrático de Direito, o modelo participativo de função pública. Ademais, conferiu aos servidores públicos, em seu art. 39, parágrafo terceiro, direitos sociais mínimos, por referência aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o que denota a institucionalização de certa proximidade entre os empregados do setor privado e os

agentes públicos. Consagrou, por fim, os direitos de sindicalização e greve, o que denota o reconhecimento, no seio da relação de função pública, do conflito de interesses entre servidor e Estado, bem como da institucionalização de instrumentos para solução de tal conflito.

Influenciada, entretanto, pela concepção tradicional acerca da natureza do regime *estatutário*, a doutrina brasileira majoritária tem experimentado dificuldades em repensar, à luz do modelo instaurado pelo Estado Social e Democrático de Direito, o conceito de interesse público, forjado, em sua origem, sob o marco do Estado Liberal. O interesse público, nesse sentido, continua a ser pensado da mesma forma em que o era em sua origem. Tal entendimento influencia, por sua vez, a concepção que a doutrina e a jurisprudência apresentam acerca do regime jurídico da relação entre servidor e Estado, especialmente no que concerne ao conteúdo e aos limites dos direitos sociais atribuídos aos agentes públicos.

Tais dificuldades suscitam conflitos e discussões na jurisprudência, no que tange, por exemplo, à questão de se identificarem os limites do exercício do direito de greve pelo servidor. Ademais, a firme convicção da doutrina e da jurisprudência quanto à unilateralidade do vínculo servidor-Estado faz com que, muitas vezes, sejam ignoradas as disposições legais que apontam no sentido de maior consensualidade da relação de função pública. Isso se constata, por exemplo, a partir da análise, na ADIN 492-1/ DF, da interpretação conferida ao art. 13 da Lei nº 8.112/1990 e dos fundamentos da declaração de inconstitucionalidade do art. 240, alíneas “d” e “e”, do mencionado diploma legal.

Surge, pois, o problema de se repensar a natureza dos direitos sociais do servidor público, no modelo participativo-consensual instaurado pelo Estado Social e Democrático de Direito, tendo em vista a tutela da situação jurídica do agente. Pretendemos analisar tal tema, neste trabalho, por meio da técnica de pesquisa teórica, de análise de conteúdo e do processo de estudo interdisciplinar, com vistas à compreensão das relações normativas entre

os ramos do Direito Administrativo, do Direito do Trabalho e da Teoria Geral do Direito.

Para tal, inicialmente, estudaremos os direitos sociais conferidos pela Constituição de 1988 aos servidores públicos. Em seguida, analisaremos a evolução do consensualismo no Direito Administrativo, especialmente a partir da transição do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito. A seguir, buscaremos redefinir a noção de interesse público, tendo em vista o vetor da dignidade da pessoa humana. Por fim, a partir de tal noção, tentaremos repensar a concepção acerca dos direitos sociais do servidor público.

2 Os direitos sociais dos servidores públicos na constituição federal de 1988

O art. 39, parágrafo terceiro, da Constituição Federal de 1988 estendeu aos servidores, independentemente da natureza de seu vínculo de trabalho com o Estado, uma série de direitos sociais previstos, pelo art. 7º, para trabalhadores privados. Trata-se de fenômeno denominado por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (2002) como “transmigração de institutos jurídicos aclimatados e aculturados num determinado ramo jurídico para outra disciplina tradicionalmente diversa.” (VILHENA, 2002, p. 130-131)

Analisando tal dispositivo constitucional, Federico Nunes de Matos (2006) observa que, por meio dele, o legislador constituinte reconheceu que, apesar de suas peculiaridade normativas, nada impede que os dois vínculos de trabalho sejam tratados como variantes de uma mesma realidade social. Dessa forma, foi imposta ao legislador infraconstitucional a obrigatoriedade de respeitar um conjunto de direitos e garantias sociais comuns aos dois regimes de trabalho. Reconheceu-se, pois, a necessidade de se estabelecer, ao menos em parte, disciplina homogênea entre os regimes (MATOS, 2006, p. 132).

Florivaldo Dutra de Araújo (1998) sublinha que tal dispositivo buscou, ainda, determinar, com a relativa estabilidade conferida pela rigidez constitucional, um espectro mínimo de direitos conferidos aos servidores, independente da natureza jurídica de seu vínculo. Tal espectro seria imutável pela vontade do legislador ordinário, de modo a se resguardar a dignidade do servidor em face das investidas do Estado (ARAÚJO, 1998, p. 116).

Recorde-se, ainda, que, por meio do art. 37, VI e VII, da CF, foram reconhecidas a sindicalização e a greve no âmbito da função pública. A partir da análise de tal dispositivo, Matos (2006) sustenta que os servidores públicos deixaram de ser concebidos apenas como agentes da vontade do Estado e passaram a gozar do *status* de trabalhadores, sujeitos de interesses frequentemente contrapostos aos do Estado (MATOS, 2006, p. 133). Antônio Álvares da Silva (1993), de sua parte, entende que foi introduzido, no regime, pelos referidos incisos, o elemento consensual (SILVA, A. A., 1993, p. 140). Rogério Viola Coelho (1994), por sua vez, salienta a natureza instrumental dos direitos à sindicalização e à greve, os quais pressupõem o reconhecimento da existência de conflitos coletivos de interesses e se destinam à viabilização da negociação coletiva (COELHO, 1994, p. 30).

Após a entrada em vigor da Lei nº 8.112/1990, Araújo (1998) sublinha que predominou silêncio da doutrina quanto às inovações trazidas pelo referido diploma, tendo se afirmado, apenas, que a lei instituiria novo estatuto, unificando o regime e tornando-o unilateral, nos moldes da teoria tradicional (ARAÚJO, 1998, p. 205-206). Para o autor, foi trazida importante inovação pela redação do art. 13 da Lei.¹ De fato, analisando tal artigo, Matos (2006) pontua sua inclinação contratual. Ivan Barbosa Rigolin (1994), por sua vez, influenciado pela doutrina tradicional da regime estatutário, ao comentar o dispositivo, afirma tratar-se “de uma disposição profundamente estranhável, extraordinariamente bizarra e insólita” (RIGOLIN, 1994, p. 49-50). Para o autor, o art. 13 da Lei significa “quase a confissão, procedida pela Administração, de que o regime da L. 8112 não é estatutário mas contratual”. Criticando o estranhamento de Rigolin (1994),

Araújo (1998) observa que, “na verdade, o art. 13 nada teria de bizarro, insólito ou óbvio se os intérpretes da Lei 8112/1990 não fossem refratários a qualquer vínculo de função pública que não o unilateral, nos moldes da tradição estatutária.” (ARAÚJO, 1998, p. 208)

Celso Antônio Bandeira de Mello (1991), por sua vez, formula interpretação peculiar acerca do art. 13 da Lei. Para o autor, tal dispositivo, sem desnaturar a natureza unilateral do vínculo entre o servidor e o Estado, veda a alteração unilateral dos direitos, deveres e responsabilidades atinentes ao conteúdo do cargo. O autor concebe a expressão “atos de ofício previstos em lei” como abrangente das hipóteses “(...) nas quais sobrevenha previsão legal includente ou excludente de certos atos como próprios de um dado ofício profissional” (BANDEIRA DE MELLO, C. A., 1991, p. 24).

Divergindo de tal leitura, Araújo (1998) observa ter sido desvirtuado o sentido usualmente atribuído à expressão “atos de ofício” pelo direito público, que seria o de atos praticados por dever ou por iniciativa e autoridade própria. O professor ensina, assim, que, a partir da leitura do art. 13, a referência básica dos limites a serem respeitados pela Administração, ao fixar normas unilaterais, seria a expressão “atos de ofício previstos em lei” (ARAÚJO, 1998, p. 209). Para o autor, o art. 13 evidencia adoção de regime jurídico híbrido de trabalho na função pública federal. Neste, parte das normas possui cunho bilateral e não pode ser modificada unilateralmente, enquanto outra parte possui caráter unilateral e pode ser modificada pela exclusiva vontade estatal, respeitados os limites legais (ARAÚJO, 1998, p. 209).

A natureza consensual do regime instituído pela Lei nº 8112/1990 é evidenciada, ainda, pelo art. 240 do mesmo diploma, de cuja leitura pode se extrair que a disciplina unilateral da função pública conviveria com instrumentos negociais coletivos firmados entre os sindicatos representativos dos servidores e o Estado.² Tal dispositivo estendeu aos servidores o direito à negociação coletiva de suas condições de trabalho e o direito a terem seus dissídios individuais e coletivos julgados pela Justiça do Trabalho. Nesse

sentido, Araújo (1998) e Silva, A. A. (1993) entendem o direito à negociação como decorrência lógica da própria consagração constitucional dos direitos de associação sindical e de greve dos servidores (ARAÚJO, 1998, p. 378-379; SILVA, A. A., 1993 p. 148).

O Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 492-1-DF³, ao analisar a constitucionalidade das alíneas “d” e “e” do art. 240 da Lei nº 8.112/1990, alinhou-se à corrente que sustenta ser estatutário o “regime jurídico único”. A orientação básica do julgado foi o voto do relator, Ministro Carlos Velloso, fundamentado nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (1991), Adilson Abreu Dallari (1990) e Antônio Augusto Junho Anastasia (1990). Para o Ministro, o regime de trabalho vigente na função pública deve ter, necessariamente, caráter unilateral, de forma que o Estado possua a prerrogativa de alterar, a qualquer momento, as condições de trabalho dos servidores públicos. Divergiu de tal entendimento o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio. Após breve exposição acerca do processo de aproximação entre os regimes público e privado de trabalho nos ordenamentos estrangeiros, o Ministro destacou a ruptura da Constituição Federal de 1988 com o caráter unilateral do regime dos servidores. Entretanto, a interpretação contrária à aproximação entre os regimes predominou no Plenário do STF, em conformidade com a disciplina tradicional da função pública. Nesse viés, o principal argumento do STF para declaração de inconstitucionalidade do direito de negociação coletiva dos servidores foi sua incompatibilidade com o caráter unilateral do regime estatutário.

Criticando tal posicionamento, Teresa Cristina de Souza (2004) afirma que é tão forte a convicção dos doutrinadores no sentido da unilateralidade do vínculo Estado-servidor que, ainda quando a legislação deixa transparecer a idéia contrária, “simplesmente ignoram-se os dispositivos legais, ou declara-se sua inconstitucionalidade, face à ‘incompatibilidade com o regime estatutário’” (SOUZA, 2004, p. 192).

Necessário, pois, que se analise a introdução, pelo Estado Social e Democrático de Direito, da consensualidade no Direito Administrativo, especialmente no que tange às relações entre servidor e Estado.

3 A consensualidade no Direito Administrativo

Ensina Francisco Liberal Fernandes (1995) que a doutrina clássica da função pública rejeitava a possibilidade de ser contratual o vínculo agente-Estado, por considerar que a via consensual era inconciliável com o Direito Público, visto não se poder investir um particular de poderes de autoridade por meio de contrato. Para tal doutrina, o contrato pressupunha relações de coordenação. As relações publicísticas, diferentemente, pressupunham subordinação, na medida em que o interesse público não poderia ser transacionado, nem submeter-se a interesses privados. Assim, o servidor não poderia negociar com o Estado, mas apenas aceitaria submeter-se às normas legais do estatuto. Para a doutrina estatutária, portanto, o vínculo de função pública encerra especial sujeição para o agente e supremacia para o Estado (FERNANDES, 1995, p. 93).

Tendo em vista que as noções de autonomia e consenso foram pensadas, no marco do Estado Liberal, como relativas à esfera de liberdade do cidadão em face dos entes públicos e à tutela de interesses meramente privados, deparam-se os administrativistas com a dificuldade em conciliar as noções de unilateralidade, poder e legalidade com as idéias de consensualidade e participação popular que o Estado Social e Democrático de Direito insere na atividade administrativa.

No marco do Estado Liberal, entendia-se que a Administração não poderia celebrar contratos, em virtude de sua posição de supremacia em face do particular, bem como de sua vinculação ao interesse público. Por se acreditar que não havia igualdade jurídica entre as partes, as relações entre a Administração e os particulares não seriam contratuais e só nasceriam

mediante a edição de atos administrativos unilaterais (MEDAUAR, 2003, p. 206-207).

Analisando a evolução do tema no Direito Administrativo, Odete Medauar (2003) aponta haver, atualmente, a tendência ao reconhecimento da idéia de Administração por consenso, contraposta à Administração por autoridade. O consenso e a negociação entre o Poder Público e os particulares passam a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados. A autora aponta haver movimento de recíproca coordenação entre Estado e sociedade, por meio da ruptura da dualidade radical entre Administração e administrado, bem como pelo decréscimo da oposição entre autoridade e liberdade. Citando Mathiot, afirma que, “com a participação, forma-se a ‘ponte entre um mundo administrativo muito fechado e cidadãos muito esquecidos’.” Para a jurista, portanto, a participação relaciona-se às idéias de negociação, identificação compartilhada do interesse público e atenuação da unilateralidade e da discricionariedade. Aplicada ao tema da função pública, a participação faz tornar-se “frequente a menção à influência dos servidores na tomada de decisões em geral e naquelas que lhes concernem, sobretudo ante o reconhecimento do seu direito à sindicalização” (MEDAUAR, 2003, p. 208-231).

De fato, a autonomia, como ensina Daniel Sarmento (2008), significa o poder de o sujeito auto-regulamentar seus próprios interesses, e representa um dos componentes primordiais da liberdade. Para o autor, trata-se de idéia essencial ao princípio da dignidade humana, ao situar o indivíduo como conformador de si próprio e de sua vida. A autonomia, no sentido amplo atribuído pelo autor, é pressuposto da democracia, pois sem ela não há possibilidade de debate franco de idéias e de expressão consciente, pelo cidadão, de suas escolhas políticas. Acrescenta o jurista que a autonomia não é absoluta e é, por isso, regrada juridicamente. É inevitável que o Estado intervenha, para proteger a liberdade dos outros e favorecer o bem comum.

Entretanto, a doutrina estatutária, partindo do pressuposto de que o contrato é marcado por amplo e livre espaço de autonomia privada, afirma

ser reduzida a função do elemento vontade na configuração do vínculo de função pública, motivo pelo qual o regime desta seria legal, institucional, estatutário e não contratual. A intensa regulação legal da relação de função pública faz com que os administrativistas, apegados à noção liberal de contrato, não aceitem a consensualidade ínsita a tal relação.

Divergindo do posicionamento adotado por tal doutrina, é preciso recordar que o simples consentimento em se submeter a dado trabalho é, precisamente, o que diferencia o trabalho livre do trabalho escravo, tal como alerta Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1999). Considerando-se que ambos os vínculos (servidor-Estado e empregado-empregador) são espécies do gênero *relação de trabalho livre* (por consistirem, igualmente, em espécies de prestação de trabalho subordinado, mas não escravo), há que se reputar determinante, *em ambos*, o viés consensual.

Nesse sentido, segundo Araújo (1998), a Constituição Federal de 1988 impôs a garantia de um mínimo de intangibilidade das condições de trabalho dos agentes na função pública, estabelecendo um espectro de direitos sociais imutáveis pela vontade do legislador ordinário (ARAÚJO, 1998, p. 116). Como vimos, por meio da imposição dos direitos inscritos no art. 37, VI e VII e no art. 39, §3º, da Constituição Federal de 1988, resguarda-se o âmbito de autonomia do servidor em sua relação de trabalho com o Estado. Nesses termos, Araújo (1998) ensina que é equivocado, por exemplo, pensar que a legalidade impede *a priori* a negociação coletiva na função pública. Isso porque, se houver previsão legal de competência para realizar negociação, fundado em tal previsão pode o administrador praticá-la, sem ofensa à legalidade. Pelo contrário, ao fazê-lo, estará o administrador exercitando um instrumento legalmente conferido (ARAÚJO, 1998, p. 382).

O estatuto constitucional e legal estabeleceria, pois, o limite do poder de negociação entre a Administração e seus agentes. Recorde-se, ainda, que, como ensina Sarmiento (2008), quanto ao tema da autonomia, e como sustenta Netto (2003), especificamente no tema da função pública, a disciplina unilateral, no Estado Social e Democrático de Direito, não pode nulificar

o papel da vontade dos agentes. Deve haver, pois, espaço para contratação individual ou coletiva, dentro dos parâmetros traçados constitucional e legalmente. Como ensina Araújo (1998), Administração Pública e unilateralidade não são idéias necessariamente associadas. O Direito Administrativo não pode mais ser exclusivamente relacionado a relações de subordinação por parte do administrado. A nova dogmática deve incorporar, pois, os valores da participação, da bilateralidade e da transigência (ARAÚJO, 1998, p. 380-381).

Nesse viés, ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007) que, quanto às prerrogativas da Administração em matéria contratual, no direito contemporâneo, devem as exorbitâncias ser entendidas como meras modulações contratuais, inseridas sempre que motivadamente exigíveis em face do caso concreto. Trata-se de opção flexibilizante, a qual tem em vista a garantia recíproca das partes pública e privada na relação (MOREIRA NETO, 2007, p. 415). No que concerne, pois, às prerrogativas da Administração na relação, sublinhe-se o ensinamento de Gustavo Binzenbojm (2007), segundo o qual tais prerrogativas não podem ser justificadas à luz da prevalência apriorística e absoluta do interesse coletivo sobre o individual. Para o autor, como veremos no próximo tópico, a preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui implementação do interesse público. Nesse sentido, Binzenbojm (2007) entende que, tendo em vista a previsão constitucional da isonomia, qualquer privilégio instituído à Administração deve obedecer às seguintes diretrizes: a) deve ser apto a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei; b) o grau ou medida da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para o cumprimento de tais fins; c) o grau do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada (BINZENBOJM, 2007, p. 155).

Aplicando tal raciocínio à relação de função pública, podemos afirmar que a tutela jurídica deixa de ser dirigida única e exclusivamente para

a função administrativa e passa a consagrar também o trabalho prestado profissional e subordinadamente pelos agentes (NETTO, 2003, p. 239). De fato, ensina Francisco Liberal Fernandes (1995) ser hoje pacífico o entendimento de que o recurso a mecanismos de base consensual é mais ajustado à consecução do interesse público do que os de natureza autoritária. “Isto significa que a constituição de vínculos profissionais de matiz convencional deixou de poder ser associada a uma menor tutela do interesse público ou ao enfraquecimento da autoridade administrativa.” (FERNANDES, 1995, p. 96-97)

Luísa Cristina Pinto e Netto (2003) entende, neste viés, que o modelo contratual de função pública, no marco do Estado Democrático de Direito, não se contenta com a participação dos agentes públicos em processos meramente consultivos, pois carrega a necessidade de haver efetivo acordo de vontades quanto ao regime que o disciplina (NETTO, 2003, p. 231-232). De fato, como ensina Carlos Ayres Britto (2007), o “próprio da democracia é o constante empenho para tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. De passivo espectador para autor do seu próprio destino.” (BRITTO, 2007, p. 41)

Recorde-se, nesse viés, que, no que concerne à relação agente-Estado, a própria atribuição constitucional, ao servidor, dos direitos coletivos de sindicalização e de greve, cujo consectário natural é a negociação coletiva, introduz o elemento consensual na relação de função pública e escapa à lógica da unilateralidade (FERNANDES, 1995, p. 80; SILVA, A. A., 1993, p. 140).

Assinale-se que, embora a teoria *estatutária* negue a solução negociada de conflitos no âmbito da função pública, negociações informais e procedimentos não previstos legalmente têm sido utilizados, cotidianamente, pela Administração Pública brasileira, para alcançar acordos com entidades representativas de servidores e colocar fim a movimentos grevistas. Verifica-se, pois, a tensão entre os planos do *Ser* (negociações de fato) e do *Dever Ser* (não reconhecimento jurídico da negociação) no que concerne à relação de

função pública, o que leva à formação de um sistema fático de negociação, paralelo ao sistema jurídico oficialmente unilateral de determinação das condições de trabalho dos servidores.

Necessário, portanto, repensar a doutrina *estatutária*. Afinal, como ensina Vilhena (1960), os fins do direito são extraídos da relação da norma com os fatos da vida. “*Com o fato, através da forma, constrói-se o Direito. E isso sem jamais esquecer-se de que as instituições não vão além de projeção humana, na realização de interesses humanos.*” (VILHENA, 1960, p. 47) Passaremos, pois, a seguir, à análise dos *interesses humanos* envolvidos na relação de função pública, como vetores da regulamentação desta.

4 Redefinição do interesse público à luz do estado social e democrático de direito

Um dos argumentos da teoria majoritária na defesa da unilateralidade do regime e da proibição da prerrogativa de negociação coletiva do servidor reside na chamada supremacia do interesse público. Tais autores entendem que a prestação de trabalho para o Estado é meio para a consecução do interesse público. Assim, para garantia deste, sustentam ser necessário regramento específico da função pública, diverso do adotado nas relações privadas de trabalho, o qual estaria centrado, segundo tais autores, na defesa de interesses privados. Os *unilateralistas* sustentam que o trabalho prestado ao Estado constitui gênero diverso do prestado aos entes privados, porque, enquanto a atividade do empregador privado possui fins econômicos, a atividade estatal tem por finalidade o “interesse público”.

Verifica-se, pois, como substrato de tal concepção, a premissa tipicamente liberal, segundo a qual Estado e sociedade civil são entendidos como esferas separadas, de modo que pertence ao primeiro o monopólio da dicção do interesse público. Como ensina Rogério Viola Coelho (1994), a fim de legitimar a negação de uma esfera de vontade ao servidor e atribuir ao outro

pólo da relação uma esfera de vontade ilimitada, a teoria *unilateralista* pressupõe que o interesse público concentra-se por inteiro no pólo do Estado (COELHO, 1994, p. 44-45).

Ademais, cabe recordar, como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006), que a vinculação da Administração ao interesse público consolidou-se, na doutrina administrativista, como obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre Poder Público e cidadãos sobre a melhor maneira de atendimento daquele interesse. Assim, a redefinição do conceito de interesse público permite a admissibilidade do consenso administrativo em decisões outrora puramente reservadas às *decisões de império* (MOREIRA NETO, 2006, p. 74-75).

Como sublinha Marçal Justen Filho (1999), na dogmática jurídico-administrativa, em substituição à invocação do poder de império, do poder discricionário ou da natureza política do ato, a autoridade pública tem se refugiado na idéia de supremacia do interesse público, beneficiando-se da indeterminação deste conceito (JUSTEN FILHO, 1999, p. 116). No mesmo viés, Odete Medauar (2003) entende que a noção de interesse público, em Direito Administrativo, aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder, configurando medida e finalidade do exercício da função administrativa. A presença ampla da noção de interesse público, no Direito Administrativo, contrasta, porém, com as dificuldades de sua apreensão conceitual (MEDAUAR, 2003, p. 185).

Moreira Neto (2006), igualmente, menciona que a Administração e seu direito gravitam em torno da noção de interesse público, e recorda que esta, em face da indeterminação que lhe é própria, variou historicamente. No Antigo Regime, ensina o autor que tal conceito confundia-se com o interesse do monarca. Após a Revolução Francesa, por sua vez, a idéia de interesse público ganha autonomia, passa a se conter nas definições legislativas ordinárias e, posteriormente, desloca-se para a sede constitucional (MOREIRA NETO, 2006, p. 75-76). Odete Medauar (2003), de sua parte, sublinha que, após a Revolução Francesa, a invocação do interesse

público “era argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, de fundamentar o poder do Estado”. Para a autora, por meio da invocação do interesse público, “a Administração realiza, assim, uma espécie de homogeneização dos interesses, o que pressupõe uma concepção de sociedade homogênea, com redução de todos os interesses a um denominador comum.” (MEDAUAR, 2003, p. 189)

Nessa esteira, ensina Justen Filho (1999) que a tradição jurídica do Estado Liberal identificava interesse público e interesse do Estado. Dada a separação entre a sociedade e o Poder Público, a mediação entre a vontade do Estado e a vontade da maioria dar-se-ia por meio da lei (JUSTEN FILHO, 1999, p. 116). Como recorda Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (1998), a fim de se resguardar a liberdade, entendia-se ser indispensável que o Estado permanecesse à margem das relações sociais, o que ensejava a concepção de separação radical entre Estado e sociedade. O meio de comunicação entre ambos dava-se, assim, unicamente pela lei, a qual, simultaneamente, limitava os direitos individuais dos cidadãos e impunha limites à intervenção estatal. Pontua o autor que, com o advento do Estado Social, passa a ser exigida a atuação do Estado em campos antes isentos de sua ingerência, o que torna as relações Estado-sociedade cada vez mais intensas e freqüentes. Desaparece, assim, a clássica separação entre ambos. A idéia de sujeição do administrado em face da Administração é, pois, substituída pela noção de cooperação. O núcleo ideológico desloca-se, pois, do individualismo liberal para a preocupação com o bem comum (SILVA, V. M. P. D. P., 1998, p. 48-76).

Teresa Cristina de Souza (2004) também registra a mencionada tendência no sentido de se “quebrar a barreira” existente entre Estado e sociedade, inaugurada com o Estado Social, que passou a invadir áreas até então reservadas aos particulares. Passou-se a admitir que a própria sociedade exerça atividades que, por afetarem direta ou indiretamente a realização do interesse público, até então eram consideradas estatais (SOUZA, 2004, p. 97). Em face de tal evolução histórico-cultural, o conceito de in-

teresse público tem sido severamente alterado. Nesse viés, Odete Medauar (2003) afirma que o Estado contemporâneo, no bojo do processo de publicização potencial de todo interesse que tenha alguma relevância social, passou a assumir, como seus, interesses antes pertencentes ao setor privado (MEDAUAR, 2003, p. 189).

Souza (2004) aponta, nesse viés, a relação entre a superação do Estado Liberal e a necessidade de mudança da concepção do interesse público. Para a autora, a concepção acerca deste adotada pela doutrina tradicional do Direito Administrativo é apegada à tradição proveniente do século XIX, segundo a qual apenas o Estado possui neutralidade suficiente para proteger de modo adequado o interesse público, cabendo a ele a titularidade deste. Segundo tal concepção, interesse público é contraposto a interesses particulares, da mesma forma como o Estado é contraposto à sociedade, “partindo-se da premissa de que, se há proteção ao interesse particular, o interesse público ficará ‘desamparado’ e vice-versa.” (SOUZA, 2004, p. 94-101). A respeito das raízes de tal entendimento, Rogério Viola Coelho (1994) sustenta que, não obstante o iluminismo ter substituído a vontade do monarca absoluto pela expressão da vontade geral consubstanciada na lei, esta acabou por reeditar a *voluntas* do Estado monárquico e reforçar, no imaginário social, a idéia do Estado como titular do interesse público. “Na doutrina por eles professada, a Administração não passa de uma máscara atrás da qual ressurge o estado Monárquico, mormente quando se defronta com os direitos e com os interesses dos servidores públicos” (COELHO, 1994, p. 47-48).

Justen Filho (1999) aponta que, apesar de despontar hoje a tendência de reconhecimento de interesses públicos não estatais (especialmente no terceiro setor), a doutrina administrativista, apegou-se à concepção de que são públicos apenas os interesses titularizados pelo Estado. Criticando a concepção da doutrina administrativista sobre o tema, o autor sustenta que o conceito de interesse público não se constrói a partir da identidade de seu titular. Ademais, a natureza do interesse não determina o regime a ser ado-

tado, podendo o interesse público ser buscado por meio de instrumentos privatísticos (JUSTEN FILHO, 1999, p. 117).

Quanto à natureza do interesse público, o mencionado jurista ensina haver três vertentes de pensamento acerca do tema. Segundo a primeira vertente, tal interesse seria o somatório de interesses privados, ou seja, corresponderia ao interesse comum e homogêneo da totalidade ou da maior parte do povo. Para essa corrente, haveria mera diferença quantitativa, e não qualitativa, entre os interesses privado e público. Desta forma, todo e qualquer interesse privado poderia se configurar como público, desde que verificada uniformidade dos interesses da maioria. Para a segunda vertente, por sua vez, o interesse público corresponderia ao somatório de *determinados* interesses privados, de modo que nem todo interesse privado poderia transformar-se em público. Isso porque, segundo essa corrente, há interesses privados pertinentes à existência individual egoística e interesses privados transcendentais à individualidade. Apenas estes últimos podem dar origem ao interesse público, desde que haja homogeneidade dos mesmos na sociedade. Assim, somente há publicização quando: a) o interesse particular é titularizado pela maioria; b) alguns interesses privados são relevantes o suficiente para dispensarem o requisito da maioria, sendo necessário apenas que tais interesses sejam partilhados por parcelas significativas da sociedade. Segundo a terceira vertente, por fim, o interesse público corresponde ao interesse da sociedade, entendida esta como algo inconfundível com o somatório dos indivíduos que a compõem. O interesse público corresponderia, pois, ao interesse da instituição social e se desvincularia do interesse dos particulares (JUSTEN FILHO, 1999, p. 119-120).

Para Justen Filho (1999), é impossível afirmar que o interesse público corresponde ao interesse da maioria, por ser impossível a configuração de situações homogêneas, tendo em vista a pluralidade, a fragmentação e contraposição de interesses no Estado contemporâneo. Aponta o autor, que, nesse contexto, a democracia externa-se por meio de interminável reorganização dos interesses individuais e coletivos, assemelhando-se a um *proces-*

so *caleidoscópico*, no qual cada arranjo de poder é distinto do existente em momentos anteriores e posteriores. Seria, pois, impossível aludir à noção de maioria, senão como força de expressão que indica composições temporárias e limitadas entre os diferentes segmentos da sociedade. Para o autor, não há, pois, como localizar maioria com cunho de permanência, por não haver conjunto suficientemente homogêneo de interesses privados. Citando Casesse, afirma Justen Filho (1999) que “não existe o interesse público, mas os interesses públicos, no plural” (JUSTEN FILHO, 1999, p. 121).

De sua parte, Rogério Viola Coelho (1994), citando Hans Kelsen, entende ser uma ficção a concepção que identifica o interesse expressado pela ordem jurídica com o interesse geral, mesmo quando tal ordem representa um efetivo compromisso entre os interesses dos grupos mais importantes. Fosse a ordem jurídica realmente a expressão dos interesses comuns a todos e estivesse em completa harmonia com os interesses dos indivíduos, contaria com a obediência voluntária de todos e não precisaria ser coercitiva, ou seja, não precisaria nem mesmo ter caráter de Direito. O autor sublinha que a lei deve ser, pois, compreendida como instrumento de mediação jurídica das relações sociais conflitivas. Ao realizar tal mediação, a lei consagra determinados interesses particulares em detrimento de outros, convertendo-os em interesses públicos que se impõem ao Estado (COELHO, 1994, p. 49-52).

Sublinha, ainda, Justen Filho (1999) que a consecução do interesse público envolve também a garantia dos interesses da minoria, segundo parâmetros constitucionalmente fixados. O referido autor não aceita a concepção que identifica o público com o *interesse da sociedade*, desvinculado de qualquer interesse individual concreto. Afirma o jurista que a desvinculação entre as dimensões individual e pública contém o germe do autoritarismo, visto que, tendo em vista a dificuldade de identificação do conteúdo do interesse social, seria necessário atribuir a algum indivíduo ou grupo de indivíduos o poder de diagnosticar a existência e determinar o conteúdo do interesse público. Buscando formular sua concepção acerca do tema, Justen

Filho (1999) entende que a transmutação do interesse privado em público corresponde à realização de valores e princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (JUSTEN FILHO, 1999, p. 122-124).

Moreira Neto (2006) também aponta o impacto dos direitos fundamentais e da participação sobre o conceito tradicional de relação de supremacia administrativa. Deixa-se de falar em supremacia do Estado ou do interesse público *in genere*, e passa-se a mencionar a supremacia dos direitos fundamentais, que precedem quaisquer outros. Da noção de supremacia em face do administrado, passa-se à idéia de ponderação nas relações entre Estado e sociedade, colocando em evidência o papel instrumental do primeiro, tendo em vista a crescente imbricação entre interesses de todo gênero nas sociedades contemporâneas, o que cria espaços comuns entre o público e o privado. Em tais espaços, inserem-se os interesses individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos, o que, para o autor, intensifica a participação e multiplica as formas consensuais de administração (MOREIRA NETO, 2006, p. 79-80).

Nesse sentido, buscando compatibilizar as noções de interesse público e consensualidade, Moreira Neto (2007) sustenta que o atendimento ao interesse público, nas relações contratuais da Administração, é indisponível. As condições em que esse atendimento dar-se-á, por sua vez, são administrativamente disponíveis. Isso porque, para o autor, o princípio do interesse público está em concorrência com os demais princípios e não exclui nenhum outro, nem pode ser excluído, devendo ser ponderado em face do caso concreto. Entende o citado jurista que o princípio do interesse público deve ser otimizado em sua aplicação, o que não se confunde com a idéia de supremacia de tal interesse tomado abstratamente, sem referências concretas. Só se admite, pois, aplicação ponderada do princípio do interesse público, maximizando o atendimento de todos os princípios acaso em conflito, tendo em vista a missão instrumental do Estado e a supremacia dos direitos fundamentais (MOREIRA NETO (2007, p. 430-432).

De modo semelhante, Medauar (2003) sublinha que, em face da heterogeneidade e da multiplicidade dos interesses públicos, a distinção rígida entre interesse público e privado deve ser superada por meio da constatação de fluidez entre os dois âmbitos e de sua interconexão intensa. De detentora do monopólio da dicção do interesse público, a Administração passa a compartilhar tal atribuição com a sociedade. Assim, sustenta a autora que se modifica o entendimento da primazia do interesse público, no sentido de que este não importa sacrifício *a priori* de nenhum interesse, mas apenas aponta para a busca da compatibilidade entre os interesses e de minimização dos prejuízos (MEDAUAR, 2003, p. 190-192).

Binenbojm (2007), de sua parte, sublinha o processo de constitucionalização do Direito Administrativo, por meio da adoção dos direitos fundamentais e da democracia como vetores axiológicos a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio da dignidade da pessoa humana e vinculam juridicamente o conceito de interesse público. Portanto, a definição deste passa, segundo o autor, a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados. Binenbojm (2007) critica a adoção de concepção unitária de interesse público e pontua que o princípio da supremacia deste, tal como apontado pela doutrina administrativista, não esclarece qual a medida da prevalência de um sem que haja a eliminação total dos outros interesses em jogo (BINENBOJM, 2007, p. 127-131).

Assim, afirma o autor que a regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público não se coaduna com a aplicação gradual dos princípios, proporcionada pelo caráter elástico que é próprio das normas principiológicas. Isso porque o referido princípio de supremacia, ao determinar a preferência absoluta do interesse público na hipótese de colisão com qualquer interesse individual, independentemente do caso concreto, suprime o espaço para ponderações. Binenbojm (2007) aponta, ainda, a ausência de fundamento de validade do princípio de supremacia, tendo em vista que

a Constituição Federal de 1988 volta-se para a proteção do indivíduo e é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que decorre a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, a proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado em face dos interesses gerais (BINENBOJM, 2007, p.140-141).

Para o autor, não há efetiva contradição, mas sim conexão estrutural entre interesse coletivo e individual, no sentido de que ambos estão de tal forma instituídos pela Constituição Federal de 1988, que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal. Como ensina o jurista, a realização de interesses individuais não constitui desvio de finalidade da Administração, na medida em que estes, quando tutelados por normas constitucionais, tornam-se também fins públicos. Assim, a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado pode representar a realização de um interesse público. Binenbojm (2007) afirma, nesse sentido, que o bem comum inclui o bem de suas partes, de modo que realizar o interesse público envolve a consideração dos cidadãos em sua dimensão individual. Somente a partir da concretização das normas constitucionais e legais vigentes pode-se alcançar, em determinada circunstância, a dimensão do que seja interesse público (BINENBOJM, 2007, p.142-146).

No lugar de uma regra de prevalência, para o autor, impõe-se ao aplicador um percurso ponderativo que, considerando a pluralidade dos interesses jurídicos em jogo, proporcione a solução capaz de realizá-los ao máximo. Segundo Binenbojm (2007), a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador, com vistas à máxima realização de todos interesses incidentes no caso. Assim, na lição do referido autor, a expressão *interesse público* aponta para os fundamentos, fins e limites a que se subordina o Poder Público e abarca interesses coletivos e individuais constitucionalmente consagrados. Interesse público comporta, pois, a imbricação entre interesses difusos e individuais, e não se pode estabelecer a prevalência antecipada de uns sobre os outros (BINENBOJM, 2007, p. 148-151).

Percebe-se, a partir da concepção expressa pelo autor, que a tutela dos interesses constitucionalmente consagrados aos servidores compõe, por meio de exercício ponderativo, a tutela mesma do interesse público na relação de função pública. No mesmo sentido, afirma Netto (2003) que, muitas vezes, tutela-se de forma imediata um interesse privado como forma de proteção mediata de um interesse público. Alguns autores têm, igualmente, se manifestado no sentido de que não se devem conceber como opostos os interesses privado e público.

No início da década de cinqüenta, Paulo Neves de Carvalho (1951), ao estudar os direitos subjetivos em face da revogação dos atos administrativos, já afirmara que “(...) o interesse público e o respeito às situações individuais, criadas legitimamente, sob o signo da lei, não se anulam, não são antinômicas ou inconciliáveis. No acatamento ao direito subjetivo está, sem dúvida, a própria garantia do interesse público” (CARVALHO, 1951, p. 104). Na atualidade, Maria Tereza Fonseca Dias (2003), por sua vez, sublinha a preocupação com a conciliação das esferas pública e privada, as quais não são antagônicas e influenciam-se mutuamente, de modo que se deve retirar da Administração a exclusividade da tutela dos interesses públicos, os quais devem resultar de consenso e não de imposição unilateral (DIAS, 2003, p. 79-80; p. 250-251).

Também Juarez Freitas (1997a), de sua parte, entende que não se pode, genericamente, compreender o interesse particular como oposto ao público, pois “todo o Direito, inclusive o Privado, serve à ordem social” (FREITAS, 1997a, p. 16) Para o autor, os interesses público e privado não devem, necessariamente, ser entendidos em oposição, mas podem, dialeticamente, “ser apenas um campo de contradições ajustáveis” (FREITAS, 1997b, p. 177). Nesse viés, Maria João Estorninho (1999) ensina que o Direito Privado também serve ao interesse público e que este e os interesses privados não se excluem, mas “andam a par ou em situação de mistura.” (ESTORNINHO, 1999, p. 149)

Florivaldo Dutra de Araújo (1998), no mesmo sentido, entende que, no Direito Privado, mesmo estando envolvidos interesses privados, visa-se também ao interesse público, o fim último de todas as normas de Direito. Os interesses privados podem ser tratados, ainda, como meio de atingir interesses públicos (ARAÚJO, 1998, p. 92). Como afirma o autor,

A dicotomia direito público-direito privado funda-se, portanto, na percepção da real existência de uma esfera pública, *distinta, porém não inconciliavelmente contraditória com a esfera privada*. Sua afirmação e consolidação consistiram em importante passo na conquista do Estado de Direito, revelando-se instrumento não de mera oposição de interesses públicos e privados, mas da busca de sua conciliação, para colocá-los – ambos – a serviço de valores mais altos, expressos em idéias como as de justiça e dignidade humana (ARAÚJO, 1998, p. 99).

Neste trabalho, compreendemos que os interesses privados (assim entendidos os titularizados pelos particulares), quando consagrados juridicamente, compõem o interesse público. Este, por sua vez, é multifacetado, *caleidoscópico*, composto por uma pluralidade de interesses que colidem entre si e, não obstante, são igualmente tutelados pela ordem jurídica. Desta forma, na esteira do ensinado por Binbenojm (2007), entendemos que a proporcionalidade deve guiar o itinerário lógico a ser percorrido, com vistas à máxima realização de todos interesses incidentes no caso. Como ensina Rogério Viola Coelho (1994), é na ordem jurídica que se manifesta o interesse público, no sentido de que este é ditado à Administração heteronomamente pelo ordenamento e não habita apenas as normas que regem as atividades ou definem as prerrogativas da Administração. Citando Eros Grau, o autor entende que crer que o Estado é o guardião do interesse público significa transformar a doutrina jurídica em uma “ventríloqua de todo poder estabelecido.” Sustenta

Coelho (1994), portanto, que são públicos os interesses cuja realização represente a concretização dos valores positivados nos princípios e normas constitucionais (COELHO, 1994, p. 45-61).

Importante frisar, nesse tema, que o Direito do Trabalho, ao tutelar interesses consagrados pelo ordenamento, encerra a proteção mesma do interesse público. Nesse viés, Araújo (1998) critica a idéia segundo a qual o Direito do Trabalho tutela somente interesses privados dos trabalhadores em face do patrão e de que o estatuto dos servidores atende exclusivamente ao interesse público. Afirma o autor:

Não é correto, portanto, mirando um só lado da moeda, afirmar que as normas trabalhistas visam apenas a proteger interesses privados, pessoais, do empregado. Do mesmo modo, não se pode, há muito, aceitar a idéia contraposta, de que as normas relativas aos servidores existem em função do interesse público e só secundária ou reflexamente em benefício dos servidores (ARAÚJO, 1998, p. 112).

Como ensina Francisco Liberal Fernandes (1995), a relação de trabalho para o Estado combina a prestação de trabalho subordinado e a participação do agente no exercício de autoridade estatal, na realização do interesse público. Este último aspecto tendeu, historicamente, a preponderar sobre e a descaracterizar o primeiro, afastando o vínculo agente-Estado da tutela geral prevista para o trabalho subordinado (FERNANDES, 1995, p. 114). A teoria estatutária fundiu os dois aspectos, privilegiando o organizatório e o exercício de prerrogativas de autoridade, em detrimento da prestação subordinada de trabalho. “O ponto principal de consideração na determinação do regime dos agentes públicos centra-se (...) na pessoa estatal, na consideração do interesse público a que *servem* os agentes.” (NETTO, 2003, p. 247)

A disciplina da prestação de trabalho ao Estado subordinou-se, pois, exclusivamente, às necessidades de funcionamento da máquina estatal, da

qual os agentes seriam parte. Nesse sentido, Fernandes (1995) explicita que, apesar de o vínculo agente-Estado conter todos os elementos substanciais do contrato de trabalho, a prestação laboral foi qualificada pela doutrina como pura atividade administrativa, destituindo o agente da qualidade de *sujeito* da relação e de *trabalhador*. De fato, na função pública, a tutela voltou-se prioritariamente para o atendimento dos fins do Estado, olvidando-se o agente na condição de prestador de trabalho subordinado. As vantagens atribuídas aos servidores não foram compreendidas como direitos destes, mas como meios necessários à tutela da função, do cargo, da organização interna dos serviços, atingindo apenas mediatamente o agente. O servidor foi, pois, entendido como trabalhador com “menos direitos e mais deveres”.

Diferentemente, ensina Netto (2003) que, tendo em vista haver, na relação de função pública, dois âmbitos normativos (o que se refere ao agente e o que se refere à função), deve-se dispensar a ambos a tutela jurídica que reclamam. O servidor não é trabalhador “com menos direitos e mais deveres”, no sentido de que não se despe da condição de trabalhador, quando se insere na relação de trabalho com o Estado. A tutela do trabalho subordinado consiste, portanto, em instrumento de tutela ao interesse público (NETTO, 2003, p. 249).

Nesse sentido, aponta Coelho (1994) que a aplicação dos direitos sociais fundamentais aos servidores impõe o reconhecimento de que o interesse público encontra-se também na base desses preceitos. Interesse público não pode, pois, ser convertido em *fetiche* colocado acima da Constituição, “com a finalidade de congelar os preceitos que veiculam os direitos fundamentais, impedindo que eles se realizem na vida social” (COELHO, 1994, p. 70-71). Nesse viés, Netto (2003) entende que, na regulamentação da relação servidor-Estado, não se pode desconsiderar a condição do agente como sujeito e trabalhador (e não como mero objeto ou meio de consecução do interesse público). A relação de trabalho impõe, pois, regulamentação especial, por centrar-se no *homem* e ser instrumento da dignidade deste. A autora sustenta, ainda, que, no marco do Estado Social e Democrático de

Direito, qualquer limitação de direitos do servidor em favor do “interesse público” somente se justifica se houver lastro constitucional (NETTO, 2003, p. 142-212).

Nesse sentido, para Netto (2003), é mais conveniente adotar um regime de formação negocial para os servidores públicos, visando satisfazer, na medida possível e segundo ponderação razoável, todos os interesses em jogo (NETTO, 2003, p. 146). No mesmo viés, Coelho (1994) acrescenta que são direitos fundamentais conferidos aos servidores o direito à livre associação sindical e o de greve, ambos de caráter instrumental, destinados a assegurar a negociação coletiva. Esta configurar-se-ia como procedimento negocial de aperfeiçoamento e democratização da máquina estatal, visto que, por meio dela, podem ser veiculados os interesses da Administração quanto à organização e melhoria dos serviços públicos, bem como as demandas das categoriais dos servidores (COELHO, 1994, p. 71).

Considerando-se, pois, que as esferas pública e privada não são inconciliáveis, e que o interesse público não se resume à mera tutela da atividade administrativa, conclui-se que não pode haver disciplina da prestação de trabalho subordinado ao Estado sem se levar em consideração a condição, os interesses e os direitos dos prestadores. Como vimos, porém, a doutrina estatutária toma o agente não como *sujeito* de direito em face do Estado, mas como *objeto* cuja atividade é regrada em função do interesse público. A supremacia deste é defendida, pois, pela teoria estatutária, e os interesses dos servidores são considerados como interesses privados, inconciliáveis com os fins públicos.

Pudemos analisar criticamente a idéia de supremacia do interesse público, tal como utilizada pela dogmática jurídico-administrativa tradicional. Pensada em novos moldes, a noção de interesse público, como foco da ação administrativa, no marco do Estado Social e Democrático, remete às idéias de *dignidade* da *pessoa* humana e de seu *trabalho*, fundamentais ao estudo das relações jurídico-administrativas e, em especial, da relação de função pública. Nesse viés, afirma Marçal Justen Filho (1999) que supremacia do

interesse público, equacionada sobre novas bases, deve ser entendida como instrumento para realização da dignidade da pessoa humana, no sentido de que o ser humano não é mero instrumento e não pode ser sacrificado a propósito da realização de “fins últimos” de uma coletividade indeterminada. O autor entende, portanto, que o interesse público submete-se ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, afirma-se a necessidade de *personalização* do Direito Administrativo, tal como se tem discutido a propósito da revisão dos pressupostos do Direito Civil contemporâneo⁴, no sentido de se afirmar a *pessoa* (e não o *patrimônio*) como núcleo desse ramo jurídico. A tutela do patrimônio passa, portanto, a ser entendida como apenas um dos instrumentos de afirmação da dignidade da pessoa humana (JUSTEN FILHO, 1999, p. 125-128).

Nesse sentido, Sarmento (2008) centra a ordem jurídica na pessoa humana e entende a dignidade desta como o princípio mais relevante, visto que confere unidade de sentido e de valor ao ordenamento, devendo condicionar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, Público ou Privado. Destarte, o autor sustenta a primazia da pessoa humana sobre o Estado, tendo em vista o reconhecimento de que a pessoa é o *fim*, e o Estado não passa de *meio* para a garantia e promoção dos direitos fundamentais daquela. Sarmento (2008) ensina que o princípio da dignidade humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais, os quais, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações da dignidade. Nesse viés, a dignidade humana não representa apenas limite para o Poder Público, mas traduz um norte para a conduta estatal, impondo dever de ação comissiva, no sentido da proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana (SARMENTO, 2008, p. 86-89).

Percebe-se, pois, que a tutela do servidor, enquanto *trabalhador*, na relação de função pública, compõe o interesse público e está compreendida no dever de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade do agente e à dignidade deste e de seu trabalho, bem como abarca a possibilidade de que o

servidor, enquanto sujeito, posicione-se em relação ao estatuto jurídico que rege sua relação com o Estado, negociando-o e modificando-o.

Nesse viés, Marçal Justen Filho (1999) sustenta que algo semelhante ao processo de personalização do Direito Privado deve ser aplicado ao Direito Administrativo, no sentido de que os poderes estatais não assumam a condição de fins em si mesmos. O núcleo do Direito Administrativo não deve ser o poder, mas a realização do interesse público, entendido como afirmação da *supremacia da dignidade da pessoa humana*. Destarte, ensina Justen Filho (1999) que nenhum interesse será público se produzir o sacrifício de valores fundamentais. Nesse viés, sustenta o autor que tem de ser buscada a solução que realize mais intensamente todos os interesses que comportam proteção jurídica, sendo imprescindível que se oportunize a manifestação de todos os grupos e centros de interesse envolvidos. A determinação do conteúdo do interesse público realiza-se, pois, ao longo de todo processo de produção e aplicação do Direito (JUSTEN FILHO, 1999, p. 128-134).

Assim, os direitos sociais integram o conteúdo da relação entre servidor e Estado e são condição lógica de sua existência, visto que só existem relações jurídicas entre sujeitos, e que estes, por sua vez, só existem por meio da atribuição de direitos e deveres aos indivíduos (SILVA, V. M. P. D. P., 1998, p. 212-213 e p. 237-238). Destarte, o reconhecimento de direitos em face do Poder Público faz com que o servidor seja considerado sujeito de direito capaz de estabelecer relações jurídicas com o Estado e não mero objeto do poder estatal. “Este reconhecimento opera a transformação das relações de poder em relações jurídicas (...)” (NETTO, 2003, p. 93)

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana é parâmetro axiológico fundamental, incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por meio da *atribuição de direitos fundamentais aos sujeitos*. Percebe-se, pois, que, em matéria de função pública, o *padrão mínimo invulnerável* de dignidade compreende a imposição constitucional do *núcleo duro* de direitos conferidos ao servidor, especialmente pelo art. 39, parágrafo terceiro da Constituição Federal. Os direitos à sindicalização e à greve, bem

como seu consectário natural, a negociação coletiva, compõem, igualmente, tal núcleo de *indisponibilidade absoluta*. Assim, Florivaldo Dutra de Araújo (1998) salienta que o agente deve ser entendido como indivíduo e cidadão (não somente como órgão do Estado) e, deste modo, também destinatário do fundamento de dignidade humana que informa o Estado Social e Democrático de Direito (ARAÚJO, 1998, p. 114).

Este determina que o servidor seja equacionado como sujeito de direitos em face da Administração, de forma que seja conferida ao agente aptidão jurídica para participar da disciplina normativa de seu vínculo com o Estado e para contribuir na conformação direta do conteúdo do interesse público (NETTO, 2003, p. 133).

5 Considerações finais

A teoria majoritária sobre a função pública, no Brasil, compreende como unilateral a natureza jurídica do vínculo entre o Estado e o servidor público. Entende-se que este se encontra submetido a uma situação legal, estatutária, a qual não é produzida por meio de acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado. A supremacia do interesse público é argüida, pela teoria *estatutária*, para apartar o regramento do vínculo servidor-Estado da tutela de interesses do agente, tidos como inconciliáveis com os fins públicos. A prestação de trabalho para o Estado é entendida, por fim, como simples *meio* de consecução do interesse público e não como *fim* a ser tutelado.

Pudemos verificar, entretanto, que tal concepção acerca da relação servidor-Estado deriva de noções liberais ou autoritárias sobre a unilateralidade, a legalidade e o poder. O entendimento de tais noções é pautado, pois, por concepções gestadas no Estado Liberal, e enseja uma compreensão restritiva dos direitos sociais do servidor em face do Estado, o que culminou

com a declaração de inconstitucionalidade do direito à negociação coletiva do agente público.

Consideramos que, no Estado Social e Democrático de Direito, o interesse público deve ser repensado como afirmação da *supremacia da dignidade da pessoa humana*. Especificamente em matéria de função pública, o *padrão mínimo invulnerável* de dignidade compreende a imposição constitucional dos direitos sociais conferidos ao servidor. Os direitos à sindicalização e à greve, bem como seu consectário natural, a negociação coletiva, compõem, pois, tal núcleo de *indisponibilidade absoluta*.

Assim, o servidor público deve ser entendido como indivíduo e cidadão, destinatário do fundamento de dignidade humana que informa o Estado Social e Democrático de Direito, de modo que deve ser conferida ao agente aptidão jurídica para participar da disciplina normativa de seu vínculo com o Poder Público e para contribuir na conformação direta do conteúdo do interesse público.

Notas

- 1 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.
- 2 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: [...]
d) de negociação coletiva;
e) de ajuizamento, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal.
- 3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn. Nº 492-DF. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 12-11-1992. Publicação: DJ, 12-03-1993, p. 3557. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12-07-10.
- 4 Para estudo do tema, no Direito Privado, sugere-se a leitura das obras: Gustavo Tepedino (1999); Tepedino (2000); Luiz Edson Fachin (2001); Fachin (2000); Daniel Sarmento (2008).

Referências

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime jurídico único do servidor público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública: contribuição ao tema da participação em direito administrativo*. 1998. 462 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

_____. Os Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil e suas Vicissitudes Históricas. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, jan-jun-2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: RT, 1981.

_____. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. São Paulo: RT, 1990.

_____. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2 ed. São Paulo: RT, 1991.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 117-169.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-1 – DF. Impetrante: Procurador Geral da República. Impetrado: Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Velloso. “Constitucional. Trabalho. Justiça do Trabalho. Competência. Ações dos servidores públicos estatutários. CF, arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei n. 8.112, de 1990, art. 240, alíneas “d” e “e”. II - SERVIDORES PUBLICOS ESTATUTARIOS: INCOMPETENCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DOS SEUS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍNEA “e” DO ART. 240 DA LEI 8.112/90. III - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.” Vencido, *in totum*, o Ministro Marco Aurélio e, parcialmente, os Ministros Otávio Gallotti e Sepúlveda Pertence. Acórdão de 12 nov. 1992. *LEX Jurisprudência do STF*, São Paulo, n. 175, p. 49-90, jul. 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

CARVALHO, Paulo Neves de. *Da Revogação no Direito Administrativo*. Belo Horizonte, 1951.

COELHO, Rogério Viola. *A relação de trabalho com o Estado: uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*. São Paulo: LTr, 1994.

DALLARI, Adílson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Rumo ao direito administrativo da cidadania e da inclusão social. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e Inclusão Social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 465-479.

_____. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. (Coord) . *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERNANDES, Francisco Liberal. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração: crise do modelo clássico de emprego público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In: FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997a, p. 11-32.

_____. Dos contratos públicos: distinção entre princípios e normas, elementos nucleares, procedimento preparatório e conceituação. In: FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1997b, p. 174-193.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, 1999, p. 115-136.

MATOS, Frederico Nunes de. *Direito de Greve na Função Pública – Contribuição para o estudo da aproximação entre os regimes Público e Privado de Trabalho*, 2006. 265 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. In: *Temas de Direito Administrativo – Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-98.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

MUKAI, Toshio. *Administração Pública na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337-375.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública: da insuficiência da teoria estatutária no Estado Democrático de Direito*, 2003. 304 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

_____. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores civis*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUZA, Teresa Cristina. *A natureza contratual da relação de função pública*. 2004. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *O contrato de trabalho com o Estado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. *Justiça Distributiva e Técnica Jurídica*. Belo Horizonte, Tese apresentada à Faculdade de Direito da UFMG, 1960.

recebido em 6 mar. 2012 / aprovado em 3 ago. 2012

Para referenciar este texto:

CARVALHO, J. B. C. L. Os direitos sociais dos servidores públicos à luz da redefinição da supremacia do interesse público no estado democrático de direito. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 229-262, jul./dez. 2012.