

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

**CONTRATUALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA NO BRASIL:
apontamentos acerca do contrato administrativo de pessoal**

André Pinho Simões

Belo Horizonte

2023

André Pinho Simões

**CONTRATUALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: apontamentos acerca
do contrato administrativo de pessoal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

S593c Simões, André Pinho

Contratualização da função pública no Brasil [manuscrito]:
apontamentos acerca do contrato administrativo de pessoal /
André Pinho Simões.-- 2023.

150 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 139-150.

1. Direito administrativo - Brasil - Teses. 2. Servidores
públicos - Teses. 3. Serviço público - Admissão.
4. Contrato público - Brasil. I. Araújo, Florivaldo Dutra de
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito
III. Título.

CDU: 35.082



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO ANDRÉ PINHO SIMÕES

Realizou-se, no dia 18 de maio de 2023, às 09:00 horas, Presencial - Salão Nobre, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *CONTRATUALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: apontamentos acerca do contrato administrativo de pessoal*, apresentada por ANDRÉ PINHO SIMÕES, número de registro 2021662670, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Florivaldo Dutra de Araújo - Orientador (UFMG), Prof(a). Eurico Bitencourt Neto (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Daniela Mello Coelho Haikal (Universidade Federal de Minas Gerais).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada com autorização para publicação, tendo obtido a nota 95.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2023.

Prof(a). Florivaldo Dutra de Araújo (Doutor) Nota 95.

Prof(a). Eurico Bitencourt Neto (Doutor) Nota 95.

Prof(a). Daniela Mello Coelho Haikal (Doutora) Nota 95.

AGRADECIMENTOS

É chegada a hora de, mais uma vez, encerrar um ciclo junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais: a Vetusta Casa de Afonso Pena. Desde 2014, ela tem sido minha segunda Casa, a minha morada, meu recanto de indagações e provocações. Nela, conheci amigos que levarei para a vida toda, conheci Professores que me ensinaram, cada qual à sua maneira, uma forma de pensar o Direito. A despedida é dolorosa, mas também deixa em mim a saudade, que alimenta a vontade de um dia retornar... Agradeço a todos que dão vida à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais: servidores, terceirizados, professores e, em especial, a todos os alunos: vocês são os responsáveis por fazer da Vetusta, ano após ano, a melhor Faculdade de Direito do Brasil.

Agradeço, também, ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo por toda a orientação dada para a conclusão deste trabalho. Ao longo desses últimos dois anos, tive a honra e o prazer de ouvir uma das maiores vozes da Escola Mineira de Direito Administrativo e as suas lições serão levadas por mim para toda a vida.

Em nome da Professora Maria Tereza Fonseca Dias, exemplo maior de cuidado e atenção, agradeço a todos que integram o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

À minha mãe, Neide, agradeço por desde muito novo me ensinar o valor da educação. Professora da rede pública de ensino por quase 25 anos, foi a senhora responsável por despertar em mim o amor e o prazer por ensinar e a condição libertadora que advém do aprender. Ao meu pai, João, agradeço pelas lições de vida que, contadas silenciosamente, me fazem ser uma pessoa melhor para o mundo. Defensor Público da União, tenho que dividir as poucas horas que temos juntos com as infinitas horas doadas à proteção dos vulneráveis, o que faz crescer em mim a admiração que tenho pela missão (e não trabalho) que o senhor escolheu trilhar.

Agradeço à Bianca e à Bruna, amigas de vida e companheiras das longas jornadas acadêmicas. As trocas contínuas e as ajudas mútuas foram extremamente valorosas para a construção desse texto: vocês são especiais.

Agradeço também à Clara, minha companheira, por estar ao meu lado nos momentos mais difíceis e por confiar na minha capacidade mesmo quando eu duvidava. Você é peça fundamental em todas as minhas, ou melhor, as nossas conquistas.

À minha Vó Tana e à minha Vó Maria (*in memoriam*), obrigado por todo amor.

“A vida de um ser humano representa um valor mais importante do que a soberania de um Estado”

(Vaclav Havel, Ex-Presidente da República Tcheca)

“Liberdade igual é um conceito paradoxal: somos igualmente livres para sermos diferentes”

(Gustavo Binenbojm)

“Ou o Direito Administrativo serve à vida ou ele não serve para nada”

(Professor Paulo Neves de Carvalho)

RESUMO

Este trabalho procura demonstrar que o vínculo unilateral-estatutário da função pública, defendido pela doutrina administrativista majoritária e pela jurisprudência brasileira e desenvolvido a partir das concepções orgânicas do poder político e dos valores liberais, não logra êxito em dialogar com o paradigma democrático e social do Estado de Direito e com a nova roupagem assumida pela dogmática jurídico-administrativa contemporânea. A procedimentalização, a contratualização e a concertação figuram com protagonismo na sistemática do agir administrativo hodierno, de modo que formas unilaterais, agressivas e heterônomas – inerentes ao regime funcional estatutário – não são mais toleradas em um modelo de Estado que busca mais aceitação do que imposição. Nesse contexto, o contrato surge como instrumento vinculativo ideal para a relação existente entre agente-Estado, por trazer, como característica que lhe é própria, a bilateralidade e a ponderação dos interesses – convergentes e divergentes. Entende-se que a contratualização da função pública deverá seguir o regime jurídico de direito público, tendo em vista a segregação constitucional da disciplina jurídica que norteia a relação de trabalho comum e a relação de trabalho com o Estado. A proposição do vínculo contratual da função pública brasileira dependerá, necessariamente, em razão de expressão previsão constitucional, de interposição legislativa – a qual intitula-se, para os fins deste trabalho, de lei-quadro –, que disporá acerca das questões funcionais essenciais e das matérias vinculadas à reserva de lei. Ao contrato administrativo de pessoal, que poderá ser individual ou coletivo (precedido, nesse último caso, de negociação coletiva dos servidores públicos), caberá tratar das demais nuances funcionais não dependentes da disciplina legal cogente, que restarão incluídas no objeto negocial dessa espécie de contrato administrativo.

Palavras-Chave: Servidores públicos. Regime jurídico. Teoria unilateral-estatutária. Contratualização da função pública. Contrato administrativo de pessoal.

ABSTRACT

This work seeks to demonstrate that the unilateral-statutory bond of the civil service, defended by the majority administrative doctrine and by Brazilian jurisprudence and developed from the organic conceptions of political power and liberal values, does not succeed in dialoguing with the paradigm democratic and social rule of law and with the new gem assumed by contemporary legal-administrative dogmatics. Proceduralization, contractualization and concertation feature prominently in the systematics of today's administrative action, so that unilateral, aggressive and heteronomous forms – inherent in the statutory functional regime – are no longer tolerated in a State model that seeks more acceptance rather than imposition. In this context, the contract emerges as an ideal binding instrument for the existing relationship between agent-State, as it brings, as a characteristic of its own, the bilaterality and weighting of interests – convergent and divergent. It is understood that the contractualization of the civil service must follow the legal regime of public law, in view of the constitutional segregation of the legal discipline that guides the common work relationship and the work relationship with the State. The proposition of the contractual bond of the Brazilian civil service will necessarily depend, due to the express constitutional provision, on legislative interposition – which is entitled, for the purposes of this work, as a Framework Law –, which will provide for the essential functional issues and matters linked to the reserve of law. The administrative personnel contract, which may be individual or collective (preceded, in the latter case, by collective negotiation of public servants), will deal with other functional nuances not dependent on the cogent legal discipline, which will remain included in the negotiating object of this type administrative contract.

Keywords: Public servants. Legal regime. Unilateral-statutory theory. Contractualization of civil service. Personnel administrative contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A INSUFICIÊNCIA DO VÍNCULO ESTATUTÁRIO DA FUNÇÃO PÚBLICA E OS NOVOS CONTORNOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA	16
2.1 Considerações acerca do vínculo estatutário da função pública.....	17
2.1.1 A teoria unilateral estatutária da função pública como produto de uma Administração Pública agressiva: o legado de um direito administrativo autoritário.....	24
2.2 Os novos paradigmas do Estado de Direito e os grandes traços da Administração Pública contemporânea.....	31
2.3 A impossibilidade de manutenção do vínculo estatutário da função pública sob a égide do Estado de Direito democrático e social.....	42
3 O MODELO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A PROPOSIÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL	51
3.1 O modelo constitucional da função pública brasileira.....	52
3.1.1 Considerações acerca do regime jurídico único	58
3.2 A proposição do vínculo contratualizado da função pública.....	63
3.3 Regime jurídico do vínculo contratual entre agente-Estado: a interseção entre o público e o privado	72
4 A RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL ENTRE AGENTE-ESTADO	82
4.1 A teoria do contrato de direito público.....	83
4.2 Da perspectiva de <i>poder</i> à perspectiva <i>relacional</i> no vínculo agente-Estado	87
4.3 Pressuposto normativo à contratualização: a edição da lei-quadro	92
4.3.1 Unidade federativa e isonomia funcional: esforço para edição de uma Lei Geral para o contrato administrativo de pessoal.....	96
5 A LEI-QUADRO E O CONTEÚDO JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PESSOAL.....	102
5.1 A disciplina legal cogente.....	102
5.1.1 Princípios gerais do contrato administrativo de pessoal.....	103
5.1.2 Os pressupostos de formalização do contrato administrativo de pessoal	110
5.1.3 Cargos e funções não suscetíveis de contratualização.....	115
5.1.4 As sanções disciplinares e o processo administrativo disciplinar.....	120
5.2 O conteúdo jurídico do contrato administrativo de pessoal.....	125
5.2.1 Negociação coletiva e os contratos coletivos	126

5.2.2 Objeto negocial do contrato administrativo de pessoal	132
6 CONCLUSÕES.....	136
REFERÊNCIAS	139

1 INTRODUÇÃO

A história oficial da gênese do direito administrativo, contada e reproduzida por anos a fio pelas faculdades de Direito, é marcada pela subordinação do poder – antes absoluto, concentrado nas mãos do monarca – à lei e pela vinculação da Administração Pública a uma rede de direitos individuais vindicados pela tessitura social. Esses limites impostos ao poder público garantiriam o rompimento com a estrutura do Antigo Regime, “fundada não no direito, mas na vontade do soberano”¹, e passaria a subordiná-lo à vontade heterônoma do Parlamento.

Apesar de louvável, a construção dessa narrativa garantista da origem do direito administrativo não encontra respaldo na história. A partir da visão ortodoxa do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária e da construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês, o direito administrativo estruturou-se como disciplina derogatória do direito comum, tendo como fonte material decisões autovinculativas do próprio Executivo e não a vontade geral, expressa pelo Legislativo. Nesse contexto, o direito administrativo e suas “categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras)”² foram criados não como forma de superação à cultura do Antigo Regime, mas como meios institucionalizados da sua sobrevivência.

A Administração Pública do Estado Liberal, como produto desses fatos, atuava sob um rígido controle hierárquico, com contornos agressivos e de forma essencialmente unilateral, tendo, no ato administrativo, a figura central do agir administrativo. Sob esse pano de fundo, foi o vínculo unilateral-estatutário da função pública eleito para reger a organização funcional da burocracia estatal, que, à luz de teoria orgânica do poder político, visualizava o agente público como espécie de *longa manus* do Estado, despido de interesses próprios e, situado no ambiente intra-administrativo, encontrava-se apartado da regulação legal. O ecossistema funcional, atuando à margem do Direito, impedia que os agentes públicos sofressem os reflexos dos direitos fundamentais.

Com a crise do Estado Liberal, fruto da sua política abstencionista e do perfil comportamental autoritário, desenvolveu-se como alternativa o Estado de Direito democrático e social, que representou verdadeiro giro paradigmático das concepções de Estado, da atuação relacional da Administração Pública e, conseqüentemente, do direito administrativo. Nesse

¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 10.

² Ibid., p. 11.

novo estado de coisas, os elementos constitutivos do “velho” Estado de Direito ganham novos contornos: a legalidade estrita cede espaço para a aplicação da juridicidade, o Estado abandona seu perfil minimalista para intervir diretamente no campo econômico e social, amplia-se o catálogo de direitos fundamentais e surgem novos instrumentos destinados à sua concretização e são instituídos “mecanismos de participação política e, paulatinamente, abre-se a Administração Pública à participação dialógica”³.

Como reflexo desse novo perfil de Estado, a dogmática administrativa sofreu inúmeras transformações, destacando-se a perda de protagonismo do ato administrativo unilateral como eixo central do agir administrativo e a transmutação de uma filosofia comportamental agressiva para uma postura mais permeável, consensual, aberta à participação dos particulares no fenômeno decisório, preferindo mais aceitação do que imposição. Essa “nova” Administração Pública apresenta como diretrizes de atuação a procedimentalização, a contratualização da atividade administrativa e a concertação.

Entretanto, em que pese a substancialidade dos avanços elencados, que espraíram seus efeitos sobre os diversos ramos do direito administrativo, a função pública brasileira ainda permanece vinculada às matrizes ideológicas liberais, mantendo seu legado oitocentista ao adotar a teoria unilateral-estatutária para reger o vínculo existente entre agente-Estado. Acobertado pela doutrina e jurisprudência nacional, o regime estatutário da função pública obstaculiza a participação do servidor público na construção da disciplina jurídica funcional, assumindo posição de passividade frente ao poder heterônomo do Estado de, se e quando quiser, alterar o regramento da função pública ao seu bel prazer, levando em consideração apenas os interesses estatais e desconsiderando, por completo, os interesses daqueles que integram seu quadro de pessoal. Resta evidente, portanto, a contradição existente entre o perfil de atuação dessa “nova” Administração Pública e a conservação da teoria unilateral-estatutária para a vinculação entre agente-Estado na função pública brasileira.

Em razão do exposto, o presente trabalho pretende investigar a possibilidade jurídica de contratualização da função pública no Brasil, levando em consideração o perfil democrático do Estado de Direito contemporâneo e as novas tendências da Administração Pública do século XXI, e, ato contínuo, perquirir acerca dos elementos indispensáveis à formalização do *contrato administrativo de pessoal* que lhe será decorrente, na intenção de fixar balizas mínimas para a conformação do seu regime jurídico. Em síntese, as investigações desenvolvidas ao longo desse texto pretenderão responder o seguinte questionamento: sendo admissível a contratualização da

³ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 70.

função pública brasileira, qual o conteúdo jurídico mínimo do contrato administrativo de pessoal?

Em resposta à pergunta formulada, elencou-se como hipótese que, considerando o marco teórico do contrato de direito público, afirma-se ser o contrato administrativo de pessoal alternativa constitucionalmente viável e compatível com as exigências trazidas pelo Estado Democrático e Social para a vinculação entre agente-Estado. Sua implementação e aplicabilidade dependerá, contudo, da fixação do conteúdo jurídico mínimo do contrato administrativo de pessoal, que será subdividido em: i) cláusulas cogentes, decorrentes da aplicação de uma lei geral (aqui denominada de “lei-quadro”); e ii) cláusulas negociadas, reservas à negociação coletiva e às obrigações individualmente pactuadas entre agente-Estado.

Para fins metodológicos, infere-se que a pesquisa se desenvolverá pelo tipo de investigação jurídico-prospectiva, a partir da qual se pretenderá investigar a possibilidade jurídica de contratualização da função pública no Brasil e, em sequência, depreender qual o conteúdo jurídico do contrato administrativo de pessoal, fixando os elementos funcionais suscetíveis de negociação pelas partes contraentes. Por se tratar de pesquisa jurídica, campo especial das Ciências Sociais Aplicadas, a investigação também será pautada pela vertente jurídico-propositiva, por ter como um de seus objetivos o questionamento do atual vínculo jurídico entre agente-Estado na realidade brasileira e, ato contínuo, a proposição de um novo regime que o discipline, com as alterações e reformas legislativas que lhe são inerentes.

Serão utilizados, como dados primários, as disposições constitucionais, a legislação e a jurisprudência – notadamente a do Supremo Tribunal Federal – relativas ao regime jurídico aplicável à função pública brasileira, tanto para o diagnóstico de sua evolução e identificação dos principais institutos, como para a delimitação do atual tratamento dado à matéria. Por sua vez, os dados secundários consistirão em conteúdos doutrinários e da literatura em geral, de origem natural e estrangeira, sobretudo as de procedência lusitana e espanhola. Em face da escassez de bibliografia disponível acerca do tema investigado, será necessário extrair dados primários de fontes secundárias, promovendo interpretações disruptivas em face de objetos já estudados.

A pesquisa utiliza como pressupostos teóricos de fundamentação: i) a insuficiência da teoria unilateral-estatutária para a função pública brasileira após o giro paradigmático decorrente da consolidação do Estado de Direito de perfil democrático e social; ii) a viabilidade jurídica de contratualização da função pública sob a ótica do ordenamento jurídico vigente; e iii) o contrato administrativo de pessoal, regido pelo regime de direito público, como modelo

mais adequado à contratualização da função pública se analisadas as escolhas feitas pelo constituinte quando da positivação da Constituição brasileira de 1988.

Superadas as considerações metodológicas, caberá ao segundo capítulo deste trabalho correlacionar as transformações perpassadas pela Administração Pública após a consolidação do perfil democrático e social do Estado de Direito com a aplicação da teoria da situação legal na função pública brasileira. Para tanto, serão feitas considerações acerca do vínculo estatutário da função pública e a sua manutenção como fator de reprodução do legado liberal – já ultrapassado – no direito administrativo hodierno. Em sequência, serão analisados os novos paradigmas do Estado de Direito e os seus reflexos na dogmática jurídico-administrativa, dando especial atenção à procedimentalização, contratualização e a concertação. Sob esse pano de fundo, serão ofertados fundamentos que alertam pra a insuficiência do vínculo estatutário da função pública como elo aglutinador da relação agente-Estado à luz da atual composição do Estado de Direito.

Ao terceiro capítulo incumbirá a missão de analisar o modelo constitucional de função pública adotado pela Constituição de 1988 e a possibilidade jurídica de, diante desse cenário, promover a substituição da teoria unilateral-estatutária pela teoria contratual. Firmada a possibilidade de contratualização da função pública brasileira, coube também a esse capítulo discorrer sobre o regime jurídico aplicável a essa espécie de contrato, se de direito público ou de direito privado, ante o silêncio da Constituição sobre a matéria.

Reservou-se ao quarto capítulo a discussão acerca da relação jurídica contratual entre agente-Estado. Desenvolveu-se, inicialmente, a teoria do contrato de direito público, marco teórico dessa investigação, e a modificação da filosofia comportamental da Administração Pública com seus agentes para o sucesso da proposição de uma vinculação contratual, que exige o abandono da perspectiva de poder – típica do vínculo unilateral-estatutário – para uma perspectiva relacional, com todos os desdobramentos que lhe são inerentes. Em arremate, discorreu-se sobre a necessidade de edição da lei-quadro como pressuposto normativo para a contratualização funcional.

O quinto capítulo tratou sobre as matérias que deveriam, por determinação constitucional expressa, serem tratadas por lei, estando, portanto, apartadas das negociações envolvendo agente-Estado. Nesse contexto, entendeu-se como integrantes da disciplina legal cogente (a lei-quadro): os princípios gerais do contrato administrativo de pessoal, os pressupostos de formalização dessa espécie de contrato, os cargos e funções não suscetíveis de contratualização e as disposições acerca do processo administrativo disciplinar e das sanções disciplinares. Esse capítulo também ficou responsável por traçar as possíveis negociações

envolvendo a disciplina jurídica funcional entre agente-Estado, que poderá envolver contratos administrativos de pessoal coletivos, através da institucionalização da negociação coletiva, ou individuais.

2 A INSUFICIÊNCIA DO VÍNCULO ESTATUTÁRIO DA FUNÇÃO PÚBLICA E OS NOVOS CONTORNOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA

No âmbito do direito administrativo, o termo *função pública* adquire caráter polissêmico, sendo imprescindível, portanto, a fixação do sentido em que será utilizado no desenvolvimento deste trabalho.

Em acepção mais ampla, cunhada a partir das primeiras décadas do século XX⁴, *função pública* designava toda e qualquer atividade prestada em benefício do Estado, independente do vínculo existente entre o agente e o poder público, que poderia ser permanente ou transitório, regido por normas de direito público ou de direito privado. Nota-se, assim, que nessa interpretação ampliativa, há ênfase na atividade exercida – persecução dos fins do Estado – e não em quem a exerce.

Por outro lado, em viés mais restritivo, o termo *função pública* guarda consonância com a ideia de *servidores públicos*, pessoas físicas que prestam serviço ao Estado⁵, regidos por normas de direito administrativo ou de direito do trabalho. Nesse caso, há especial destaque ao agente, em detrimento da atividade exercida, movimento que aproxima os conceitos de *função pública* e *funcionário público*⁶.

Em face da multiplicidade de vínculos existentes entre agente-Estado, parcela da doutrina brasileira tem também utilizado a expressão *agentes públicos*⁷, que, em acepção ainda mais ampla que *servidores públicos*, designa as “pessoas físicas que exercem a função pública (lida, aqui, em sua acepção ampla), com ou sem vínculo empregatício”⁸. A Constituição de 1988 valeu-se da amplitude desse termo para definir o alcance da responsabilidade objetiva do Estado por atos praticados pelos seus agentes, conforme redação do art. 37, § 6º, abarcando todos aqueles que exercem função pública, ainda que sem vínculo com a Administração.

⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 38.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores públicos na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-2.

⁶ Segundo Florivaldo Dutra de Araújo, essa aproximação de conceitos apenas seria possível se levasse em consideração o termo *funcionário público* em sentido amplo, pois a leitura restritiva do conceito de *funcionário público* tangencia, tão somente, o servidor público disciplinado por regras de direito administrativo e titular de cargo público. (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 38).

⁷ Quanto ao ponto, curioso ressaltar que, apesar do relevante esforço doutrinário, o ordenamento jurídico brasileiro não goza de sistematicidade e coerência na utilização dos termos *funcionários*, *servidores* e *agentes públicos*. Apesar da previsão contida no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, o Código Penal, em seu art. 327, lança mão do termo *funcionário público* para designar aquele que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública, designação mais próxima ao conceito de *agente público*.

⁸ DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 2.

Reforça-se, contudo, que esse fenômeno de imprecisão terminológica não é exclusividade brasileira, sendo verificado também em diversos outros idiomas, como na língua espanhola, francesa, italiana, alemã, inglesa⁹.

Assim, com vistas a evitar eventual imbróglio, o termo *função pública* será aqui utilizado em sua acepção restrita, para designar as pessoas físicas vinculadas à Administração Pública direta e indireta mediante vínculo especial (exercício de cargo, emprego ou função pública), independente do regime jurídico a que estejam submetidos – seja de direito administrativo ou de direito do trabalho.

2.1 Considerações acerca do vínculo estatutário da função pública

Apesar de já ressaltado preambularmente, a função pública se relaciona com o Estado a partir de vínculos regidos por dois diferentes regimes jurídicos: o de direito administrativo e o de direito do trabalho.

Quanto aos agentes públicos sujeitos ao regime trabalhista, intitulados de *empregados públicos*, há consenso doutrinário quanto ao fato de que mantém relação de emprego com as pessoas governamentais de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado instituídas pelo poder público)¹⁰, com vínculo jurídico instrumentalizado pelo contrato de trabalho, sob a disciplina da Consolidação das Leis do Trabalho¹¹.

Por outro lado, os agentes públicos regidos pelo regime de direito administrativo, funcionários públicos em sentido estrito¹², correspondem à grande maioria dos colaboradores da Administração Pública e ocupam cargos públicos nos quadros de pessoal das pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração direta e indireta. Apesar de historicamente haver dissenso doutrinário quanto ao vínculo de agregação na relação travada

⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39-42.

¹⁰ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 18.

¹¹ Reforça-se, contudo, a possibilidade (ainda que excepcional, segundo parcela majoritária dos administrativistas brasileiros) de manutenção de relação empregatícia – regida pelas normas de direito do trabalho, por óbvio – entre agentes públicos e pessoas estatais de Direito público, como ocorre nos casos dos consórcios públicos de Direito público, por expressa previsão do art. 6º, § 2º, da Lei nº 11.107/05. Recentemente, a propósito, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o art. 58, § 3º, da Lei nº 9.649/98, admitindo a contratação de empregados regidos pela CLT pelos conselhos de fiscalização profissional (julgamento conjunto da ADC nº 36, ADI nº 5.367 e ADPF nº 367), bem como julgou constitucional a possibilidade de contratação de agentes celetistas pela Universidade de São Paulo, nos termos como definidos na ADI nº 5.615.

¹² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 38.

entre agente-Estado, a doutrina administrativista brasileira¹³, acompanhada por remansosa jurisprudência (notadamente a partir do julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.135-4 pelo Supremo Tribunal Federal), entendeu-se tratar de espécie de vínculo estatutário, formalizado em lei ou conjunto de leis de forma heterônoma pelo Estado, imodificável por acordo entre as partes envolvidas na relação, face a natureza pública das normas evidenciadas¹⁴.

Em razão da importância do vínculo estatutário para o desenvolvimento e consolidação do direito da função pública brasileira, mister se faz tecer considerações acerca da sua gênese e dos seus fundamentos, na intenção de compreender as razões que levaram à sua adoção pelo ordenamento pátrio.

Em perspectiva histórica, a teoria estatutária pode ser compreendida como uma das vertentes das teorias do ato unilateral, que, em análise ainda mais ampla, são derivações das teorias de direito público.

Segundo lição de Florivaldo Dutra de Araújo, as teorias do direito público “partem do princípio da contradição entre o direito privado e o exercício de prerrogativas de autoridade sobre os cidadãos”¹⁵, de modo que a relação existente entre o Estado e aqueles que executam as suas atividades – os agentes públicos – deveria ser regida por normas de direito público. Aqueles que defendem o caráter público da relação entre agente-Estado não firmaram consenso, contudo, quanto ao vínculo mantido entre as partes, segmentando-se em contratualistas (teoria do contrato de direito público) e unilateralistas (teorias do ato unilateral).

Para os adeptos da teoria do contrato de direito público, o vínculo da função pública origina-se a partir da manifestação livre de vontade das partes envolvidas na relação jurídica – de um lado, o Estado e de outro, o agente público nomeado –, que convencionam direitos e obrigações recíprocos¹⁶. Tal teoria parte da premissa de que o ato de nomeação do agente para o exercício da função pública não goza de imperatividade¹⁷, mas depende, para sua

¹³ Por todos: ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **Regime jurídico único do servidor público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1990; ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 265-271.

¹⁴ DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 87.

¹⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 89.

¹⁷ Conforme lição de Irene Patrícia Nohara, “A imperatividade é o atributo segundo o qual o ato administrativo se impõe ao seu destinatário, independentemente de sua concordância. (...) É corolário da supremacia do interesse público sobre o particular. Para que o Estado possa agir na consecução de suas finalidades, é necessário que ele expeça atos imperativos, obedecidos a bem do interesse público.” (NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 181).

perfectibilização junto ao plano jurídico, de aceitação do destinatário, sendo exemplo de relação consensual¹⁸.

Os unilateralistas, em contrapartida, entendem que o vínculo firmado entre agente-Estado origina-se de manifestação do poder de autoridade da Administração Pública, por se tratar o ato de nomeação da “atribuição a alguém de prerrogativas especiais de poder público”¹⁹, transferíveis independentemente da aceitação do destinatário²⁰. Para essa corrente, o ato de nomeação goza de autonomia em relação ao exercício funcional propriamente dito, sendo a aceitação do agente público indispensável para este e irrelevante para a formação do vínculo, por meio da nomeação.

A teoria do ato unilateral, por sua vez, deu azo a outras duas teorias: a do direito real e a do vínculo pessoal.

Para as teorias do direito real, o exercício da função pública era visto como coisa que integrava os bens do Estado, consistindo o ato de nomeação em transferência dessa espécie de propriedade para o domínio do agente público, submetido “ao regime legal ou regulamentar dos atos de polícia administrativa”²¹. Em movimento diametralmente oposto, as teorias do vínculo pessoal compreendiam a função pública como relação de caráter pessoal travada entre agente-Estado, e foram construídas sob fundamento de que “não se pode constituir direitos sobre a função pública, mas apenas em relação a ela”²². As teorias do vínculo pessoal se desdobram em duas vertentes: a teoria da coação legal e a teoria da situação legal, cerne da discussão proposta neste subcapítulo.

¹⁸ Reforça-se, contudo, que muitos defensores da teoria do contrato de direito público incorreram em contradição ao afirmarem a natureza contratual do ato de nomeação e, ato contínuo, excluírem da relação consensual o conteúdo da avença, que permaneceria arraigado à disciplina heterônoma do Estado. Para Paul Laband, por exemplo, apesar de haver voluntariedade na gênese do contrato, o modo de prestação dos serviços estava atrelado a interesses não individuais, devendo ser fixado unilateralmente pela Administração Pública. Pode-se afirmar, portanto, que as ideias assim defendidas não se tratavam de teorias contratuais puras, mas de natureza mitigada, pois não se estendiam a todos os espectros da relação existente entre agente-Estado (LABAND, Paul. **Le droit public de l'empire allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901, t. II, p. 120 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 91).

¹⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93

²⁰ Para Henry Nézard, “A contratualidade entre o servidor e o estado ofenderia o interesse público, colocando-o em plano inferior, tornando-o objeto de transação jurídica, o que não é possível no Estado de Direito. A função pública não pode inserir-se na esfera contratual, pois ela é instituída no interesse do estado, representante da coletividade.” (NÉZARD, Henry. **Théorie juridique de la fonction publique**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901, p. 276-286 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 93).

²¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 94.

²² NETTO, *op. cit.*, p. 6.

Partindo da perspectiva rousseauiana de contrato social, na qual os cidadãos são vistos como partes integrantes de um grande núcleo social (o Estado)²³, a teoria da coação legal determinava que caberiam aos indivíduos realizarem todas as tarefas indispensáveis para a manutenção e organização do Estado, tornando a função pública espécie de imposição, verdadeira obrigação de serviço atribuída aos membros mais capacitados em prol da sociedade. Diante dessa perspectiva, os direitos dos agentes públicos, tal qual a percepção de vencimentos, eram vistos como compensações indenizatórias pela privação do tempo dedicado à vida pública, inexistindo qualquer lógica sinalagmática na relação agente-Estado.

Por sua vez, a teoria da situação legal, também referenciada como *teoria estatutária*, entende que a livre aceitação do indivíduo para ingressar junto aos quadros funcionais do Estado não dá origem à relação contratual, face à autonomia existente entre a formação do vínculo agente-Estado (consensualizado) e o exercício funcional propriamente dito (regido por um estatuto jurídico)²⁴. Nesse sentido, “a situação legal encontra-se estabelecida no estatuto do funcionário público”²⁵, editado de forma heterônoma pelo Estado, investindo aquele que exercerá o múnus público na condição de cidadão dotado de vínculo especial.

Na visão de Clarissa Sampaio Silva²⁶, a formação desse vínculo especial de sujeição entre agente-Estado na função pública decorre da necessidade, em razão dos fins colimados a determinados centros de poder, de relativização de alguns dos direitos fundamentais plasmados na Constituição, passando-se a admitir, nesses casos, a criação de ordens jusfundamentais especiais. À luz do princípio da simetria, se a concretização desses direitos depende de previsão constitucional, sua relativização também demandará fundamento oriundo da Constituição, dando ensejo a afetações negativas dos direitos fundamentais no âmbito das relações especiais. Com efeito, cita a autora, a título exemplificativo:

²³ Nas palavras de Warburton, “Quando as pessoas juntam-se e formam uma sociedade, elas se tornam um tipo de pessoa. Cada indivíduo, portanto, faz parte de um todo maior. (...) A tarefa dessa pessoa seria criar um sistema legal que ajudasse os indivíduos a se manterem em consonância com a vontade geral, em vez de buscarem a realização de interesses egoístas à custa dos outros. (...) Nossos desejos devem coincidir com o que é melhor para todos, e as leis devem nos ajudar a evitarmos agir de modo egoísta.” (WARBURTON, Nigel. **Uma breve história da filosofia**. Tradução de Rogério Bettoni. Porto Alegre: L&PM, 2019, p. 107).

²⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato de posse materializa a relação consensual entre o agente nomeado e o Estado, mas se limita à sua concordância em se submeter a uma relação especial em detrimento deste. Por outro lado, o conteúdo jurídico da relação formada não é atingido por essa troca recíproca de vontades, por não se encontrar à disposição do agente, mas tão somente da Administração Pública, não havendo legitimidade daquele para torná-lo objeto de avença (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 19-20).

²⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97.

²⁶ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caos dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 135-136.

(...) pode-se falar em restrições a direitos fundamentais que se aplicam apenas a servidores públicos e militares, como é o já citado caso, para esses últimos, do direito à greve; em direitos fundamentais cujo âmbito de proteção queda diminuído em virtude do vínculo funcional, como é o caso da liberdade de expressão (...). Por outro lado, há deveres específicos impostos às referidas categorias e que findam por diminuir-lhes o exercício de posições jusfundamentais, em comparação aos demais cidadãos. Semelhantes deveres, a seu turno, prendem-se à própria realização do interesse público, a ser feita, de forma específica, em cada uma e por meio das mais diversas funções desempenhadas por seus respectivos titulares²⁷.

Em suma, a teoria da situação legal, fundamento da formação do vínculo estatutário da função pública, “é caracterizada pela supremacia do estado frente ao servidor”²⁸, que tem seu regime jurídico funcional editado unilateralmente pela Administração Pública, o qual também poderá ser por esta alterado independentemente da aquiescência do destinatário. Nota-se, por oportuno, que no vínculo estatutário o agente público é colocado em posição secundária, ao passo que o estatuto funcional geral e impessoal imposto unilateralmente pelo Estado é posto como condição indispensável “para assegurar o bom funcionamento do serviço público”²⁹.

Como já narrado preambularmente, a doutrina majoritária do Direito Administrativo brasileiro entende, ainda hoje, ser essa a espécie de vínculo mais apropriada para a função pública, demonstrando a predileção dos administrativistas pela formação dos quadros de pessoal do Estado por funcionários públicos em sentido estrito.

Em esforço de síntese, dois são os argumentos principais apresentados pela doutrina tradicional do Direito Administrativo para a adequação do modelo unilateral estatutário na conformação do vínculo entre agente-Estado no âmbito da função pública brasileira.

O primeiro, de ordem positiva, destaca a existência de um regime especial entre o agente público e o Estado, diferente daquele aplicável aos cidadãos comuns, tendo em vista que aquele age na condição de instrumento da vontade e da ação estatal, de sorte que a relação funcional não é pautada na persecução de interesses puramente laborais, mas na busca pela consecução dos interesses públicos envolvidos. Nesse sentido, entendem que apenas o vínculo estatutário, calcado na teoria da situação legal, “seria apto a assegurar a ação impessoal do Estado, desempenho isento dos agentes voltado tão-só para o atendimento do interesse público”^{30 31}.

²⁷ Ibid., p. 163.

²⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 98.

²⁹ NETTO, *op. cit.*, p. 9.

³⁰ NETTO, *op. cit.*, p. 28.

³¹ Dentre outros, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cármen Lúcia Antunes Rocha aderem ao argumento positivo de adequação do modelo unilateral estatutário à disciplina da função pública brasileira.

O segundo, de viés negativo, sustenta que o vínculo unilateral estatutário deve necessariamente intermediar a relação existente entre agente-Estado, ante a impossibilidade de aplicação na espécie do regime celetista. Segundo lição de Antônio Augusto Junho Anastasia³², haveria uma incompatibilidade ontológica entre as atividades desempenhadas pela Administração Pública e a legislação trabalhista, decorrente dos princípios ideológicos que lhe são afetos: enquanto o Estado encontra-se atrelado à busca pelo interesse superior da coletividade e à persecução de fins públicos, o empregador privado persegue atividades especulativas e lucrativas, quase sempre em detrimento dos seus empregados. Diante dessa incompatibilidade sistêmica, o poder público não poderia assumir inteiramente os ônus impostos pelo regime celetista, de modo que seria, “na maior parte das vezes, o maior infrator das suas disposições”³³. Assim, se não há possibilidade de aplicação desse regime em sua inteireza, inexistiria fundamento que justificasse a sua adoção na disciplina da função pública brasileira.

Na intenção de situar o leitor quanto às bases ideológicas que deram ensejo à teoria da situação legal (*teoria estatutária*), como forma de oferecer contornos mais amplos acerca da sua gênese, necessário se faz tecer algumas considerações acerca das chamadas teorias organicistas do poder político, que ainda hoje geram repercussão junto à doutrina do Direito Administrativo.

As concepções orgânicas, nascidas ainda na Antiguidade e reafirmadas no transcurso dos séculos XIX e XX, compreendiam a sociedade como um organismo de existência real, constituído pelos homens para a realização de fins comuns, ficando os indivíduos reduzidos à mera função do todo. Em contraposição às visões essencialmente individualistas, que pressupunham os indivíduos como seres bastantes em si, os organicistas vislumbravam o homem como produto da coletividade, desenvolvendo-se e aperfeiçoando-se sob a proteção emanada do Estado³⁴.

Foi a partir da matriz ideológica organicista que teóricos da Administração Pública passaram a enxergar a relação existente entre agente-Estado como exemplo factível de inserção

³² ANASTASIA, *op. cit.*, p. 60-63.

³³ ANASTASIA, *op. cit.*, p. 70.

³⁴ Aliás, como sustentou Durkheim, o Estado e os indivíduos travam relação simbiótica, de modo que se influenciam e se acrescentam de forma recíproca: “Compreendem-se que as funções do Estado se estendam sem que daí resulte diminuição do indivíduo, ou que o indivíduo se desenvolva sem que, por isso, o Estado regrida, pois o indivíduo seria, sob certos aspectos, o próprio produto do Estado, pois a atividade do Estado seria, essencialmente, liberatriz do indivíduo.” (DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**: a moral, o direito e o estado. São Paulo: T. A. Queiroz. Ed. Universidade de São Paulo, 1983, p. 53 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 130).

unilateral dos indivíduos no âmbito interno do poder público, possibilitando o desenvolvimento da teoria da situação legal no bojo da função pública.

Sem olvidar das contribuições de Duguit³⁵ para a matéria, Maurice Hauriou, a partir da tese do institucionalismo³⁶, entendia a Administração Pública como instituição na qual os funcionários públicos seriam nela unilateralmente inseridos, concebendo-os como frações incorporáveis do todo social. Caracterizando o vínculo da função pública como espécie de requisição consentida, que submeteria o agente ao estatuto jurídico editado de forma heterônoma pelo Estado³⁷, Hauriou descartava a possibilidade de formação do vínculo contratual, por entender a nomeação como um aceite à requisição estatal e não propriamente uma troca de manifestações livres e conscientes de vontade (como é próprio das avenças contratuais)³⁸.

De forma ainda mais contundente, Hans Gerber³⁹ lecionava que o indivíduo, ao assumir a condição de agente público, se tornaria órgão do próprio Estado, renunciando total ou parcialmente à sua existência privada para contribuir com o desenvolvimento da comunidade. Nesse diapasão, tamanha a sua integração orgânica para com o poder público, que era praticamente impossível enxergá-lo como indivíduo autônomo. A respeito, sintetiza Florivaldo Dutra de Araújo:

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, pois o servidor confunde-se com o estado. O resultado é a exigência de atitude quase ascética por parte do funcionário (...).⁴⁰

³⁵ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927. t. I.

³⁶ Segundo Hauriou, “uma instituição é uma ideia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um meio social; para a realização dessa ideia organiza-se um poder que atua mediante órgãos; doutra parte, entre os membros do grupo social interessados na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e regidas por procedimentos.” (HAURIOU, Maurice. *La théorie del’institution et de la fondation: essai de vitalisme social*. In: HAURIOU, Maurice *et al.* **La cité moderne et les transformations du droit**. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 44).

³⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 139.

³⁸ HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit administratif e de droit public**. 11. ed. Paris: Recueil Sirey, 1927, p. 592 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 139.

³⁹ GERBER, Hans. Vom Begriff und Wesen des Beamtentums. **Archiv des öffentlichen Rechts**, v. 57, n. 1, p. 1-85, 1930 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 140-141.

⁴⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 142.

A partir das considerações aqui elencadas, torna-se claro que o vínculo estatutário da função pública, balizado ideologicamente nas teorias organicistas do poder político, enxerga o cidadão-funcionário como parte integrante e indissociável da estrutura administrativa do Estado, afinal, “como órgão do Estado-pessoa ou titular do órgão (...) é, ele próprio, parte do Estado.”⁴¹.

Reflexo direto dessa construção teórica reside exatamente na inexistência volitiva do agente público como indivíduo, dotado de vontades próprias juridicamente tuteláveis, pois, ao assumir a condição de funcionário do Estado, abdicaria das suas opções pessoais para perseguir, única e exclusivamente, os fins e interesses públicos. Diante desse cenário fático, entendia-se como aceitável a relativização ou, até mesmo, a supressão de direitos fundamentais (a título exemplificativo: o direito de greve e de sindicalização)⁴², visto que, compreendido como mera estrutura interna da organização administrativa, o cidadão-funcionário estaria apartado dos influxos do regime jurídico aplicável à coletividade – a ele vigeria, portanto, um regime próprio: o da situação legal.

Evidentemente, sob o panorama jurídico da contemporaneidade, essa filosofia comportamental agressiva existente entre a Administração e seus agentes sob a égide da teoria estatutária apenas conseguiu se desenvolver graças ao formato de Estado liberal que se consolidou historicamente ao longo dos séculos XIX e XX e, ainda hoje, manifesta seus legados na organização administrativa brasileira.

Se as concepções organicistas do poder político foram o fundamento imediato suficiente para a construção e consolidação da teoria da situação legal no âmbito da função pública, as matrizes ideológicas do Estado Liberal serviram como pressuposto mediato para tal finalidade, na medida em que fomentaram a estruturação de uma Administração Pública agressiva e, conseqüentemente, de um direito administrativo autoritário.

2.1.1 A teoria unilateral estatutária da função pública como produto de uma Administração Pública agressiva: o legado de um direito administrativo autoritário

A história do direito administrativo é contada e propagada ainda hoje pela doutrina a partir de uma ótica romântica, na qual o Estado, ante a decadência do Antigo Regime,

⁴¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 161.

⁴² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 142.

passaria a estar vinculado à lei, editada para limitar o poder político e positivizar direitos e garantias individuais. Quase em consenso, sinalizam ser a *Loi de 28 de pluviôse* do ano VIII a certidão de nascimento do direito administrativo, quando organizou e limitou externamente a Administração Pública no período pós Revolução Francesa⁴³.

Pautada na lógica dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, a Administração Pública assumiria uma função meramente executiva do comando legal editado pelo Parlamento, em clara superação ao modelo da vontade ilimitada do soberano (*quod regi placuit lex est*) vivenciado no Antigo Regime. À luz da tripartição de poderes desenhada por Montesquieu, o Legislativo editaria as leis, que seriam executadas pelo Executivo, cujos atos seriam controlados pelo Judiciário, criando um sistema de contenção operativamente fechado⁴⁴.

Ocorre que, como sinaliza Paulo Otero, todo esse enredo não passa de uma ilusão garantística da gênese⁴⁵. Ao revés do que narrado pela histórica oficial, o direito administrativo não foi produto da submissão da Administração Pública à vontade heterônoma do Parlamento. Muito pelo contrário, os seus princípios gerais e regras jurídicas fundamentais decorreram da atividade pretoriana desenvolvida pelo Conselho de Estado francês, órgão integrante ao Poder Executivo responsável pela solução definitiva do contencioso administrativo.

Ora, apesar de toda propaganda garantística associada ao surgimento do direito administrativo, a sua construção como ciência se deu através da consolidação de um direito especial da Administração Pública, decorrente de decisões autovinculativas exaradas pelo próprio Poder Executivo e não oriundas da expressão da vontade geral pelo Legislativo⁴⁶. E, assim sendo, forçoso concluir que o Estado de Direito e o direito administrativo representaram não a superação dos dogmas do Antigo Regime, mas a reprodução e sobrevivência das suas práticas através de um aparato estatal organizado e institucionalizado, de modo que “na melhor

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 10.

⁴⁴ Até mesmo Caio Tácito, em texto intitulado *Evolução Histórica do Direito Administrativo*, descreveu essa visão romântica do surgimento do direito administrativo: “O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário.” (TÁCITO, Caio. *Evolução Histórica do Direito Administrativo*. In: **Temas de Direito público**: estudos e pareceres, 1º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 2 apud BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 10.).

⁴⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11.

tradição absolutista, além de propriamente administrar, os *donos do poder* criam o direito que lhes é aplicável e os aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade”⁴⁷.

Mas, se não é possível compactuar com a visão romântica do surgimento do direito administrativo, também não se pode afirmar que sua construção decorreu de uma “monolítica razão maquiavélica (no sentido de uma lógica de preservação do poder)”⁴⁸; nem tanto ao céu, nem tanto à terra. O direito administrativo é fruto de uma “sucessão de impulsos contraditórios, produto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade”⁴⁹, decorrência direta das transformações de modelo de Estado no qual encontrava-se inserido, sendo indispensável, portanto, a análise e compreensão de todo esse contexto histórico-evolutivo.

O período compreendido entre o final do século XVIII e início do século XIX demarcou a era das revoluções liberais, movimento político disruptivo fomentado pela classe burguesa contra os excessos e arbitrariedades perpetrados pelas monarquias absolutistas no *iter* do Antigo Regime. Na tentativa de limitação do poder político e de garantia dos direitos individuais, consolidou-se o Estado Constitucional ou Estado de Direito, marcado pela subserviência da Administração Pública ao ordenamento jurídico.

Ocorre que a burguesia ascendente, no afã de obstaculizar a influência das antigas estruturas de poder na condução do Estado, elevou a teoria da separação e divisão dos Poderes ao patamar quase absoluto, dando ensejo a um poder administrativo universal, vez que garantiu à Administração “imunidade contra o controle judicial de sua atividade, bem como assegurando sua competência regulamentar frente ao parlamento”⁵⁰. Se no Antigo Regime os fatores reais de poder encontravam-se pulverizados nas classes sociais privilegiadas e nas estruturas intermediárias, com a consolidação do Estado de Direito, foram tais poderes institucionalizados no bojo da estrutura administrativa forte e centralizada⁵¹.

Inegavelmente, o modelo de Estado Liberal nascido a partir da Revolução Francesa trouxe consigo um compromisso prático de observância dos princípios liberais no âmbito da organização política, abolindo as antigas formas de organização social pautada em classes privilegiadas em razão da descendência familiar e institucionalizando a garantia de igualdade aos indivíduos – ao menos em sua acepção formal. Contudo, no âmbito interno da

⁴⁷ Ibid., p. 15.

⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 18.

⁴⁹ Ibid., p. 18.

⁵⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 37.

⁵¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime a revolução**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 10 apud BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 38.

Administração liberal, a noção estanque da separação de Poderes deu ensejo à atuação administrativa à margem do Direito e do controle judicial, pois as matérias apartadas da regulação legal eram tidas como *interna corporis*, sindicáveis exclusivamente pelo contencioso administrativo. Nesse diapasão, internamente, a Administração se autorregulava e se autocontrolava, criando uma estrutura forte e centralizadora, fenômeno que Eurico Bitencourt Neto intitula de *contradição liberal*⁵².

Como forma de manifestação da sua autoridade, a Administração Pública do Estado Liberal atuava por intermédio do ato administrativo unilateral, expressão do poder administrativo, que era “coativamente imposto aos particulares e, como noção intimamente ligada ao contencioso administrativo, estava excluído do controle judicial”⁵³. Decorrência do dogma da supremacia do interesse público sobre o privado, foram os atos administrativos imbuídos de atributos (a título exemplificativo, dada a ausência de uniformidade doutrinária quanto à matéria, cita-se a *imperatividade* e a *autoexecutoriedade*⁵⁴) que o elevaram à condição de verdadeira imposição da Administração Pública, mais assemelhado ao ideal cultuado no Antigo Regime que propriamente aos princípios liberais que compunham à época o Estado de Direito.

Feitas essas considerações, é perfeitamente possível atestar, endossando o que já vem sendo defendido pela doutrina contemporânea, a feição agressiva da Administração Pública de perfil liberal. Apesar de todo apelo revolucionário que demarcou a constituição do Estado de Direito, que nasceu como forma institucionalizada de limitação do poder político, a leitura estanque da teoria da separação de Poderes deu azo a uma Administração Pública que manteve sua organização e atuação fundamentadas em práticas pré-liberais⁵⁵, estruturando-se de forma hierarquizada e limitando-se à mera aplicação da lei, salvo em âmbito interno, que, no vazio da

⁵² Nas palavras do autor: “Pode-se dizer que houve verdadeira contradição liberal, com a afirmação dos valores revolucionários da liberdade individual, da legalidade e da separação de Poderes, ao mesmo tempo em que se deu a edificação de uma Administração Pública quase absoluta, controlada pela nova classe dominante” (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 38).

⁵³ Ibid., p. 41.

⁵⁴ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende-se por imperatividade “o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente da sua concordância”. A mesma autora caracteriza a autoexecutoriedade como o “atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 241-242).

⁵⁵ Para Vasco Pereira da Silva, “existe uma certa relação de continuidade, ao nível da técnica jurídica, entre o período do Antigo Regime e o período pós-revolucionário” (SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 24).

regulação legal, atuava apartada do direito⁵⁶. Como produto dessa Administração Pública agressiva, surge um direito administrativo de caráter autoritário. Fundado na jurisprudência do Conselho de Estado francês e manifestando-se quase que exclusivamente a partir de atos administrativos unilaterais, o direito administrativo se consolida como um direito especial da Administração Pública, tendo em suas categorias básicas, “como a discricionariedade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração”⁵⁷ a expressão de sua vertente agressiva, atuante na relação travada com os particulares (graças à posição de prevalência assumida pela Administração Pública) e flagrante no âmbito da organização administrativa interna.

As matrizes ideológicas do Estado Liberal foram determinantes para a concepção da personalidade jurídica do Estado “como instrumento apto a afastar, a partir de meados do século XIX, fundamentos personalistas ou místicos para a titularidade do poder”⁵⁸. Concebido como ente abstrato, o Estado deixou de se identificar com a pessoa do soberano – superando o principal dogma do Antigo Regime – e passou, ele próprio, a ser titular de relações jurídicas com os particulares⁵⁹. Contudo, sob a influência de Gerber, adepto às teorias organicistas do poder político, a faceta subjetiva da personalidade conferida ao Estado foi compreendida como “expressão de um direito de domínio (...), da qual se extraem relações jurídicas entre o Estado – fonte de toda a autoridade – e as pessoas a ele submetidas.”⁶⁰. Quanto às consequências dessa posição, sintetiza Eurico Bitencourt Neto:

Essa concepção, quanto às consequências que gerou para o campo do Direito público, foi, de certo modo paradoxal: de um lado, significou fundamentação impessoal do poder político, trazendo para o âmbito do Direito a análise dos modos de expressão de tal poder e possibilitando a criação das bases para a justificação de relações jurídicas entre os particulares e o Estado. De outro lado, foi alicerce para a afirmação de um modelo de predominância do Estado nas relações com os privados, verdadeira expressão autoritária que caracterizou os primórdios do Direito Administrativo, no

⁵⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 39-40.

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 15.

⁵⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 46.

⁵⁹ Como afirma Eurico Bitencourt Neto, “pode-se dizer que a personalidade jurídica do Estado foi o culminar de uma evolução: do Estado patrimonial, objeto de direitos do monarca, ao Estado de Polícia, com a cisão do Estado e a construção da figura do Fisco, dotado de capacidade patrimonial e, por fim, o Estado de Direito, em que o reconhecimento da sua personalidade jurídica possibilitou a superação da confusão entre o titular do poder público e o Estado, a racionalização do poder e sua subordinação à ordem jurídica.” (Ibid., p. 47).

⁶⁰ Ibid., p. 47; MACHETE, Rui Chancelle de. A personalidade jurídica do Estado, a relação jurídica e o direito subjetivo em Gerber, Laband e Jellinek. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória Dias F. P. D. (org.). **Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 302-304.

bojo do Estado liberal. Os direitos subjetivos públicos seriam meros reflexos do direito objetivo do Estado; a relação principal é a subordinação ao Estado.⁶¹

No campo da função pública, a concepção do Estado como pessoa foi fator determinante para o desenvolvimento e aplicação da teoria do órgão (notadamente por influência da doutrina alemã⁶²), dando justificativa lógico-jurídica à manifestação de vontade estatal. Isso, porque o Estado-pessoa, ente abstrato por excelência, não dispõe de vontade própria, necessitando de terceiros, pessoas físicas, para a exteriorização da sua atuação.

Nesse sentido, os agentes públicos seriam compreendidos como órgãos públicos⁶³, os quais, por intermédio da relação de imputação (em superação às figuras civilistas do mandato e da representação), manifestavam a vontade do Estado-pessoa como se ele próprio o fizesse. Aperfeiçoando a tese firmada por Otto von Gierke⁶⁴, que não logrou êxito em desassociar a vontade do Estado daquela manifestada pelo agente pelo qual aquele atua, Georg Jellinek, definindo órgão como “a consideração abstrata da esfera de competência interna da organização estatal, que assume relevância junto à pessoa natural que, nos termos do ordenamento jurídico, exercita tal competência”⁶⁵, promoveu verdadeira cisão entre órgão e o indivíduo que o representa (os agentes públicos), dando autonomia à vontade estatal em detrimento da vontade individual.

Consequência direta da tese adotada por Jellinek reside no fato de que, no âmbito da organização administrativa, o indivíduo, quando investido na qualidade de agente público, tem sua posição jurídica suprimida pelas ambições do Estado: “a pessoa natural não tem direitos próprios, no exercício da competência estatal”⁶⁶. Em sendo assim, diferente das relações gerais de poder existentes entre Estado e os cidadãos, estariam os agentes públicos sujeitos às relações

⁶¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 47.

⁶² Por todos, citam-se: Otto von Gierke e Georg Jellinek (MASSERA, *op. cit.*, p. 202-207).

⁶³ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, órgão público é “uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 684).

⁶⁴ Para Gierke, “os órgãos são identificados com as pessoas naturais que manifestam, concretamente, esta vontade, o que sugeria uma aparente contradição entre a identificação do órgão com a pessoa natural por meio da qual atua o ente e o não reconhecimento de uma personalidade plena do órgão, que deveria, também ele, recebe-la do indivíduo com quem se identifica.” (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 54).

⁶⁵ JELLINEK, Georg. **Sistema del diritti pubblici subiettivi**. Milão: Società Editrice Libreria, 1911, p. 248 apud BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 55.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 55.

especiais de sujeição⁶⁷, marcadas pelo controle verticalmente hierarquizado da Administração, bem como pela restrição total ou parcial aos direitos fundamentais⁶⁸.

Diante de todo esse arcabouço fático e jurídico, a teoria unilateral estatutária da função pública surge a partir da encampação das matrizes ideológicas do Estado Liberal, dos efeitos da personalidade jurídica atribuída ao Estado e da adoção, no que tange à relação agente-Estado, da teoria do órgão. A conjunção de todos esses fatores permite afirmar ser o vínculo estatutário da função pública produto “de uma Administração Pública fechada, opaca, resistente aos conflitos e ao escrutínio público, fundada numa pressuposta, abstrata e impositiva noção de interesse público.”⁶⁹.

Ocorre que, se sob a ótica do Estado Liberal havia todo um contexto institucional permissivo à adoção da teoria da situação legal como apta a disciplinar a função pública, as transformações do Estado de Direito, com a evolução e consolidação de novos paradigmas, permitiram que se questionasse a validade dessa teoria à luz dos novos modelos de atuação da Administração Pública contemporânea⁷⁰, tornando-se indispensável seu estudo.

⁶⁷ De acordo com Clarissa Sampaio Silva, no campo da função pública, as relações especiais de sujeição são caracterizadas pela “subordinação do servidor à autoridade da Administração, reveladora de acentuada dependência hierárquica e funcional, existindo, em sua base, um dever de fidelidade com teor de obrigação moral; a desnecessidade de incidência da reserva legal, sendo permitida a sua regulação por normas administrativas e a restrição a direitos fundamentais como recurso à boa marcha do serviço, possuindo a Administração Pública autonomia normativa no tocante à disciplina dos vínculos funcionais; caráter instrumental da relação funcional e percepção do servidor como meio para realizar os fins públicos, por ser ele parte integrante do organismo estatal, consequência da teoria organicista (...), o que acarretava a supremacia dos interesses da instituição em detrimento da ordem profissional, como forma de realização do interesse público; definição o conteúdo da relação, de maneira unilateral, geral e impessoal pelo Poder público, com a submissão dos funcionários públicos a um estatuto próprio, a uma situação objetiva.” (SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caos dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 182).

⁶⁸ A superação do entendimento acerca da restrição aos direitos fundamentais no âmbito das relações especiais de sujeição teve início tão somente em 1972, em precedente firmado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, quando, no âmbito da execução penal, se manifestou no sentido de que os direitos fundamentais seriam aplicáveis a essa espécie de relação e sua juridicidade poderia ser examinada pelo Poder Judiciário (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 146).

⁶⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 167.

⁷⁰ Válido ressaltar que, como posto nos tópicos preambulares deste trabalho, os questionamentos acerca da viabilidade jurídica da adoção da teoria unilateral estatutária da função pública à luz dos novos contornos do Estado de Direito e da Administração Pública contemporânea ainda ocupam parte minoritária da doutrina do direito administrativo. Em sua grande maioria, os administrativistas ainda defendem a existência de relações de especial sujeição no âmbito da função pública (ainda que de forma atenuada se analisada as suas concepções originais), considerando ser o vínculo estatutário o mais adequado para sua disciplina. É notório, portanto, a força e o legado que a organização administrativa liberal ainda exerce nos dias atuais.

2.2 Os novos paradigmas do Estado de Direito e os grandes traços da Administração Pública contemporânea

A consolidação do Estado Liberal demarcou a superação do Antigo Regime, subvertendo a então estabelecida lógica de poder (acondicionado exclusivamente nas mãos do soberano) e edificando uma lógica legalista, sob o império do direito. Apesar de todo avanço político e sociológico trazido pela organização liberal, viu-se desenvolver um quadro social e econômico extremamente desigual, reproduzindo, sob outra formatação institucional, as mazelas do absolutismo.

As matrizes ideológicas liberais, ao projetarem um Estado de índole abstencionista, que sob o dogma da consagração da liberdade individual tinha como diretriz a mínima interferência na relação entre os particulares, acabaram permitindo a perpetuação da *lei do mais forte*⁷¹. Nesse sentido, ante a ausência de regulação e interferência do poder público nos mais variados setores, “aquele que já detinha melhores condições materiais concentrava ainda mais poderes, o que levou ao surgimento de monopólios e ao consequente atravancamento do mercado, ameaçando o processo de acumulação capitalista.”⁷².

Como se não bastasse, a Revolução Industrial, ao introduzir uma nova lógica produtiva e econômica, acabou impactando consideravelmente o formato das configurações sociais, que, a essa altura, encontravam-se seccionadas em duas classes específicas: a do capital e a do proletariado. Diante da típica omissão do Estado Liberal, aliada à doutrina do livre-mercado, os donos dos meios de produção se viram autorizados a explorarem intensamente a mão de obra disponível (que, pela introdução das máquinas na dinâmica produtiva, se tornou cada vez maior): os direitos trabalhistas eram raros ou inexistentes, a remuneração pelo trabalho era escassa e não havia mecanismos de controle incidentes sobre a relação travada entre

⁷¹ Sobre as consequências da consagração de uma isonomia meramente formal no âmbito do Estado Liberal, ressalta Fábio Konder Comparato que: “A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contraentes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e ancião, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança. O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e a provar a indispensável organização da classe trabalhadora” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65-66).

⁷² NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito público**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 110-111.

empregador e empregados⁷³. Como resultado, viu-se implementado um contexto de erosão moral e material que demarcou o início das reivindicações por justiça social, concentradas nos direitos de índole laboral e prestacional.

Após um intenso processo de crise, marcado pela mobilização social e das forças de trabalho, o Estado viu-se compelido a assumir um novo perfil: abdicou do seu papel de neutralidade sobre as relações particulares e, ante a perseguição pela igualdade material⁷⁴, passou a intervir na ordem econômica e social na tentativa de erradicar ou, ao menos, minorar as distorções promovidas no bojo da organização liberal⁷⁵. Materializado pela primeira vez na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, o Estado Social “torna-se materialmente distinto e contraposto ao Estado Liberal”⁷⁶, sendo aquele que confere:

os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social.⁷⁷

Ocorre que, apesar das boas intenções que deram ensejo ao desenvolvimento do Estado Social, o alargamento da sua estrutura burocrática acabou por ensejar consequências sociológicas deletérias. Partindo do minimalismo estatal típico da organização liberal, os

⁷³ Nas palavras de Paulo Bonavides, “o triste capítulo da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 59 apud NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito público**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 110).

⁷⁴ Diferente da igualdade meramente formal típica do liberalismo, para a qual deveria ser dado tratamento isonômico e padronizado a todos os indivíduos, sem qualquer distinção, a busca pela igualdade material intentada pelo Estado Social objetiva alcançar uma verdadeira justiça equitativa, na medida em que permitia tratar de forma desigual ou desiguais, impedindo um nivelamento injusto no caso de pessoas que estejam em posições iniciais desiguais (Ibid., p. 110).

⁷⁵ Há que se reforçar, contudo, que a intervenção do Estado na ordem econômica e social não decorreu de atos de benevolência oriundos dos detentores do poder político e econômico. Muito pelo contrário! Na intenção de pacificação social, necessária para a regular condução do mercado, atendeu-se aos anseios das mobilizações sociais, como forma de perpetuação das estruturas de poder. Nesse mesmo sentido sugere Ricardo Quartim de Moraes: “Que não existam ilusões, no entanto. A concessão de direitos sociais à massa da população que acabamos de analisar foi o preço da pacificação social necessária ao retorno do funcionamento tranquilo do mercado. Sua constitucionalização insincera mediante normas desprovidas de valor, programáticas, nada mais foi do que um canto de sereias a atrair uma enorme massa de marinheiros.” (MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, nº 204, out/dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023. p. 275).

⁷⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 70.

⁷⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 186 apud NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito público**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 112.

modelos de Estado Social passaram a defender a ideia de um Estado Máximo que pretendia “transformar praticamente todos os assuntos com relevância em matérias de direito público.”⁷⁸. Não à toa Mussolini sintetizou, em curta frase, a formatação estatal à época: “tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”.

A grandiosidade do Estado Social fomentou o surgimento de políticas essencialmente paternalistas, que transformavam os cidadãos em verdadeiros clientes⁷⁹ de uma máquina pública vocacionada a suprir todas as necessidades da coletividade. Com efeito, a sociedade mergulhou em um processo de erosão da sua própria autodeterminação, assumindo postura subserviente frente aos rumos tomados pelo Estado⁸⁰.

É que o Estado Social de Direito, apesar de controlar o poder político, proteger os direitos individuais e garantir os de índole prestacional, não logrou êxito em assegurar a participação dos destinatários no seu exercício⁸¹. Operou-se, portanto, a crise de legitimidade do sistema, face a inexistência de canais abertos de comunicação e interlocução entre a sociedade civil e o poder público.

Mais uma vez, emerge a necessidade de revisão (e, porque não, reconstrução) dos paradigmas até então estabelecidos. O anseio de participação ativa dos cidadãos na determinação do seu destino e da sociedade⁸² deu ensejo ao movimento de aproximação do Estado à sociedade civil, com elevação do princípio democrático ao status de diretriz da organização política contemporânea⁸³, na intenção de consolidação da democracia em sua

⁷⁸ Ibid., p. 120

⁷⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 74.

⁸⁰ Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, citando Habermas, apresenta crítica ao indesejado paternalismo do Estado Social, que, em razão da sua intervenção massiva, retira do indivíduo seu poder de autodeterminação. Segundo o autor, “(...) a *materialização* (Weber) do Direito ocasionou as consequências secundárias e indesejadas de um paternalismo do Estado Social. Criticando, pois, o paradigma do Estado Social, Habermas afirma que: a almejada equiparação de situações de vida e posições de poder não pode levar a um tipo de intervenções “normalizadoras” ou “padronizadoras” que acabem por limitar o espaço de atuação de seus prováveis beneficiários, no que se refere à concepção autônoma dos projetos de vida de cada um deles” (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Unesp, 2018, p. 295 apud OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 70).

⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49.

⁸² NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito público**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 133.

⁸³ Segundo magistério de José Manuel Sérvulo Correia: “A eleição do princípio democrático como uma das marcas fundamentais do Estado Constitucional significa a complementariedade necessária entre juridicidade e democraticidade: só existe Estado de Direito se a formação e aplicação do Direito se desenvolverem ao abrigo de mecanismos de legitimação democrática; só constituirão procedimentos de legitimação aqueles que se processem segundo regras jurídicas preestabelecidas de acordo com valores e princípios essenciais que não dependam da definição conjuntural de maiorias, nomeadamente aqueles dos quais depende a preservação da liberdade individual. E, para além da legitimação eleitoral, o poder político e administrativo deve desenvolver-se segundo uma matriz normativa alicerçada em direitos de participação, que confirmem virtualidade legitimante aos procedimentos de atuação como fonte autônoma de democraticidade.” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Controlo judicial da Administração e responsabilidade democrática da Administração*. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto;

vertente material, “que não traga só possibilidade de participação do povo na discussão dos assuntos públicos, mas que procure criar condições materiais”⁸⁴ para tanto.

Nasce, assim, o Estado Democrático de Direito, que, no constitucionalismo contemporâneo, “não se limita à superação da barreira censitária liberal, com a garantia do sufrágio universal e a consagração de um Estado pluriclasse”⁸⁵. Nesse novo design institucional, o Estado se preocupa, para além do viés representativo, decorrente do direito de votar e de ser votado, em contemplar a democracia em sua face participativa, habilitando os cidadãos a construir junto ao poder público o processo decisório pelo qual serão impactados. A propósito, a Constituição brasileira de 1988, incorporando tais premissas ideológicas, traz em seu texto previsões que demonstram a clara tendência de influência da sociedade civil nas estruturas administrativas e organizacionais do Estado: “participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, §2º); participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art. 187)”⁸⁶; etc.

Necessário salientar, contudo, que a doutrina contemporânea, sob o dogma da vedação ao retrocesso social, não vislumbra uma segregação entre o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, como se esse representasse uma superação absoluta das conquistas estabelecidas naquele. Segundo Carlos Ari Sundfeld⁸⁷, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito se interconectam, gerando uma interdependência mútua para o atingimento dos seus objetivos, sendo mais coerente intitular esse fenômeno de Estado de Direito Democrático e Social, por agregar, em síntese, elementos como o “constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade, direitos (individuais, políticos e sociais), desenvolvimento e justiça social.”⁸⁸.

Evidentemente, as transformações verificadas nos modelos de Estado impactaram a Administração Pública em sua estrutura orgânica e em seus aspectos materiais e funcionais. Isso, porque, no âmbito do Estado de Direito (seja ele de matriz liberal, social ou democrática),

BITENCOURT NETO, Eurico (coord.). **Direito Administrativo e direitos fundamentais**: diálogos necessários. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 302).

⁸⁴ Ibid., p. 132.

⁸⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 84.

⁸⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito público**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 134.

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55-57.

⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 57.

há uma vinculação necessária entre o paradigma de Estado adotado e as estruturas que lhe são correlatas, sob pena de se criar um verdadeiro caos jurídico⁸⁹. Em sendo assim, o Estado de Direito Democrático e Social deu ensejo à Administração Pública contemporânea, tendo ela inicialmente assumido uma feição constitutiva (quando predominavam os vieses do Estado prestador) e, mais recentemente, adotado o modelo estrutural (adequando-se ao Estado regulador). É claro que outros pressupostos externos contribuíram para o atual perfil da Administração Pública, podendo ser sintetizados, conforme leciona Eurico Bitencourt Neto, em:

(...) fenômenos econômicos (globalização, mudanças de organização do capital e do trabalho; crises financeiras e econômicas; sujeição das economias domésticas ao mercado internacional; liberalização da economia); jurídico-políticos (perda do poder de conformação social dos Estados nacionais para organizações transnacionais ou supranacionais; erosão da vinculatividade e do caráter geral das normas jurídicas, especialmente as leis); sociais (individualização e crise de valores tradicionais) e de informação e comunicação (peso crescente da tecnologia da informação e da comunicação nas sociedades contemporâneas).⁹⁰

Dentre todas as características identificadas pela doutrina jus-administrativista⁹¹ acerca dessa “nova Administração Pública”, três são essenciais para a compreensão dogmática do vínculo jurídico da relação Estado-servidor na contemporaneidade e, conseqüentemente, para o desenvolvimento do presente trabalho: **i)** a procedimentalização; **ii)** a contratualização da atividade administrativa; e **iii)** a concertação.

De início, a procedimentalização da Administração Pública surge como consectário lógico da consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito, como forma de garantir a legitimidade da atuação administrativa, demanda relevante para as sociedades contemporâneas.

Sob a égide da matriz liberal, o ato administrativo unilateral figurava como principal instrumento de exteriorização da vontade administrativa, sendo caracterizado, como o próprio nome sugere, pela atuação exclusiva da Administração Pública. Não havia, ao menos em regra,

⁸⁹ Referendando o que já defendido por Eurico Bitencourt Neto, as transformações verificadas na Administração Pública como forma de se adaptar aos sucessivos paradigmas de Estado não representam, necessariamente, o sepultamento das práticas anteriores. Assim, a Administração Pública do Estado de Direito Democrático e Social convive com modelos de atuação típicos da Administração Pública do Estado Liberal, como a utilização exacerbada do ato administrativo unilateral ou da ainda visível valorização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular em detrimento do princípio da proporcionalidade. É necessário afirmar que a segmentação da Administração Pública em modelos decorre de um processo de generalização, redutor da realidade, mas necessário para fins didáticos (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 111).

⁹⁰ Ibid., p. 111-112.

⁹¹ Para uma amostragem acerca dessas “novas características”: Ibid., p. 114-116.

espaço para diálogo ou possibilidade de manifestação ativa dos seus destinatários, que, à luz das clássicas figuras do regime jurídico-administrativo (em especial, a imperatividade e a autoexecutoriedade), assumiam posição passiva, de mero executores de um comando predeterminado.

Não obstante, a impermeabilidade do processo decisório inerente à figura do ato administrativo não se coaduna com as aspirações democráticas do Estado e, tampouco, com a filosofia comportamental da Administração Pública atual. Como forma de solução desse impasse, a procedimentalização surge “como conceito apto a substituir o ato administrativo no centro da dogmática jurídico-administrativa”⁹², compatibilizando o modelo de atuação administrativa aos novos paradigmas de Estado.

Nessa nova perspectiva, o procedimento administrativo “é o lugar do entrecruzamento de interesses públicos e privados que devem informar a decisão administrativa e é o instrumento que assegura os meios e os critérios para a ponderação de tais interesses”⁹³. Nas palavras de José Manuel Sérulo Correia, o procedimento é o “campo do jogo dialético dos interesses envolvidos pela ponderação administrativa. Ele é por excelência o lugar de concretização dos fins e construção das soluções jurídicas concretas no desempenho da função administrativa.”⁹⁴.

Com a procedimentalização, a Administração abandona a postura unilateralista e agressiva típicas do ato administrativo e assume feição dialógica, colaborativa e cooperativa, atraindo os destinatários do provimento final para a construção conjunta do processo decisório, fenômeno que confere legitimidade às decisões administrativas e dá ensejo ao movimento de permeabilidade da Administração Pública.

Há que se ressaltar, contudo, que a doutrina administrativista brasileira, inspirada no *due process of law* estadunidense e na cláusula geral inserta no art. 5º, LV, da Constituição de 1988, permanece vinculada à feição “processualista” do procedimento administrativo⁹⁵,

⁹² NETTO, *op. cit.*, p. 77.

⁹³ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 291.

⁹⁴ CORREIA, José Manuel Sérulo. O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa. **Legislação**, n. 9-10, p. 133-164, jan./jun., 1994, p. 146 apud BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 291.

⁹⁵ A título de exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a Constituição de 1988 consagrou “a processualização do direito administrativo, especialmente com a exigência constitucional do devido processo legal, que exige, entre outras coisas, a observância de formalidades essenciais à proteção dos direitos individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o direito de recorrer, a publicidade (...)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 8, nov./dez. 2006/jan. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 23 set. 2022 apud BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 299).

concebendo-o como mera reprodução do processo judicial, o que acaba por reduzir a amplitude e aplicação do fenômeno procedimental da Administração contemporânea no Brasil. Não sem razão, a Lei nº 9.784/99, que deveria regular de forma geral o procedimento administrativo no âmbito federal, cuida tão somente do “processo administrativo”⁹⁶.

Não obstante, na esteira do que leciona Carlos Ari Sundfeld, “a atividade decisória da Administração Pública é infinitamente mais variada que a do Judiciário”⁹⁷, de modo que o processo administrativo (espécie) é uma das possíveis roupagens do procedimento administrativo (gênero). Assim, enquanto aquele é compreendido como uma sucessão concatenada de atos praticados para a prolação de uma decisão final, garantindo-se, no *iter* processual, direitos aos litigantes, este é conceituado como “sequências organizadas de obtenção, tratamento e processamento de informações visando estruturar múltiplos contatos entre a Administração Pública e os particulares, ou entre órgãos ou entidades administrativas”⁹⁸.

Em suma, ao se falar em procedimentalização como traço relevante da Administração Pública contemporânea, não se está a reduzir tal fenômeno ao aspecto processual (como ainda o faz a doutrina brasileira). O procedimento deve ser visto, portanto, como forma de exteriorização da atividade administrativa que, assumindo feição dinâmica e dialógica, admite contribuição dos particulares para sua perfectibilização, como forma de garantir legitimidade e

⁹⁶ Segundo Eurico Bitencourt Neto, a Lei nº 9.784/99 contempla, apenas, a primeira geração do procedimento administrativo, marcada pela sua “função adjetiva, acessória e subordinada ao direito material, constituindo um processo decisório que, muitas vezes, se estrutura conforme uma visão processualista, à imagem e semelhança do processo judicial”. O administrativista mineiro, fazendo verdadeiro balanço acerca dos avanços e falhas da Lei Federal de Processo Administrativo, afirma que “se é inegável que tal modelo procedimento constituiu um avanço garantístico para os cidadãos e ainda tem relevância no Direito Administrativo contemporâneo, já que a Administração unilateral, que atua por atos administrativos individualizados, permanece necessária, também é verdade que tal modo de atuar não é suficiente para dar respostas a diversos desafios da Administração do século XXI. Por consequência, uma lei procedimental que se pretenda geral não se pode resumir como expressão do procedimento administrativo de primeira geração”. Por fim, Eurico sugere que a Lei nº 9.784/99, atenta às transformações perpassadas pela Administração Pública nos últimos tempos, deve incorporar essas novas roupagens e filosofias de atuação administrativa, “não se limitando a disciplinar processos, no sentido de relações bilaterais, muitas vezes adversariais, tendentes à produção de um ato administrativo unilateral. Tais leis devem estabelecer um espectro mais amplo de regulação procedimental, que, se por um lado, oferece instrumentos de simplificação, concertação e atuação flexível, valorizando as virtualidades da função administrativa, por outro reduz o campo da atuação administrativa informal, na medida em que procedimentos estritos não têm o condão de afastar a complexidade da realidade, nem tampouco de impedir uma atuação administrativa necessária, mesmo à margem da regulação procedimental”. A previsão de acordos endoprocessuais – verdadeiros contratos administrativos – consistiriam em alterações relevantes para se alcançar esse desiderato, “seja para predefinir, por autovinculação, o conteúdo de atos administrativos futuros, seja para substituir decisões unilaterais por decisões acordadas” (BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo administrativo brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 68).

⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 311.

⁹⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo administrativo brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 46.

democraticidade, não estando vinculado, necessariamente, à prolação de uma decisão final ou a garantia de direitos e interesses dos seus destinatários⁹⁹.

Estritamente associada à procedimentalização, a contratualização da atuação administrativa¹⁰⁰ também figura como traço característico da nova Administração Pública. Como ressaltado anteriormente, a superação do paradigma liberal e a consagração do Estado democrático e social promove a relativização da relação de supremacia existente entre Administração-súdito, “para um quadro de comunicação entre Estado e sociedade”¹⁰¹. Nesse novo contexto, os particulares abandonam a posição exclusiva de clientes da Administração prestadora para atuarem em regime de colaboração com o poder público, exercendo, inclusive, muitas das atividades típicas de Estado. Os vínculos bilaterais emergem, portanto, como instrumentos viáveis e adequados a garantirem, além da segurança jurídica que deles dimana, o respeito e atenção aos interesses envolvidos.

Segundo a doutrina, três são as principais razões que fomentaram a celebração de acordos pela Administração Pública:

- 1) O aumento do número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, aumenta demasiadamente a complexidade da qual as suas decisões devem se revestir, sendo bem mais seguro que as tome ponderadamente e em consenso com os particulares a serem atingidos (...); 2) Para as maiores pretensões do Estado em intervir na vida social e econômica, os seus atos unilaterais, editados sem que possam despertar o “desejo de colaboração” do particular, podem não ser muito eficientes; 3) A crise fiscal do Estado faz com que, se, por um lado, o Estado não tem mais condições de participar ativamente da vida econômica do país, por outro, não podendo ficar-lhe alheio, passa a intervir por meio de fomentos negociados com os agentes econômicos privados.¹⁰²

⁹⁹ Leciona nesse mesmo sentido Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, afirmando que: “(...) a intervenção do particular no procedimento seja analisada não como um meio de defesa das suas posições subjectivas perante a Administração, mas como um expediente organizativo destinado à tomada das melhores decisões administrativas, em resultado dessa cooperação. Aquilo que se valoriza não é tanto a oportunidade do particular se defender preventivamente da Administração, mas a importância dos novos factos e interesses que ele pode vir a trazer ao procedimento, concebendo-se o particular como um participante activo da realização da função administrativa. Mais do que um instrumento de protecção acrescida do particular perante as autoridades administrativas, o procedimento é o perfil dinâmico da organização.” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 306).

¹⁰⁰ Apesar de ser empregado no presente trabalho o termo “contratualização”, reforça-se que, a par do movimento progressivo de concertação da Administração Pública, deve aquele ser entendido em seu sentido alargado, compreendendo não apenas as formas tradicionais dos contratos administrativos e privados, mas também mecanismos consensuais de feição menos definidas. Assim, como sinaliza Eurico Bitencourt Neto, “a expressão contratualização passa a caracterizar não apenas o recurso ao clássico contrato, mas a opção por vias concertadas de atuação administrativa, em busca de adesão aos objetivos e finalidades da atuação estatal.” (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 144).

¹⁰¹ Ibid., p. 139.

¹⁰² LORA, Alejandro Huergo. **Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas**. Madrid: Civitas, 1998, p. 94-98 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 293-309,

Nota-se, por oportuno, que para além de uma justificativa dogmática – a consolidação do Estado de Direito democrático e social –, a contratualização da atividade administrativa também encontra respaldo em uma análise econômica do direito administrativo, vez que, usualmente, “a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos risco de externalidades (efeitos colaterais) negativas”¹⁰³.

Na esteira da práxis administrativa contemporânea, a Lei nº 13.655/18 – Lei da segurança para a inovação pública –, ao introduzir novos dispositivos junto à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, passou a prever “competência consensual de ordem geral ao poder público brasileiro”¹⁰⁴, sendo lícito que a autoridade administrativa celebre compromissos com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Resta evidente, portanto, que o legislador brasileiro, ao instituir cláusula genérica permissiva de celebração de acordos, pretendeu desenvolver uma espécie de “cultura contratual”¹⁰⁵ no âmbito da Administração Pública, passando a legitimar práticas administrativas consensuais por intermédio do direito positivo.

Há que se ressaltar, contudo, que apesar do fenômeno da contratualização da atividade administrativa ter expandido seu campo de atuação na contemporaneidade, sendo este modelo de atuação considerado o “administrar do futuro”¹⁰⁶, não se pode afirmar que houve o sepultamento do ato administrativo unilateral no âmbito do regime jurídico-administrativo. Ainda que o paradigma democrático e social do Estado de Direito exija a adoção de práticas consensuais, a atuação unilateral da Administração Pública não é com ela incompatível, “na medida em que, muitas vezes, precede a sua edição”¹⁰⁷. Incumbirá, portanto, ao agente ou órgão público, à luz das situações concretas, decidir qual dos instrumentos de exteriorização da vontade administrativa se adequa às finalidades pretendidas¹⁰⁸.

jul./set. 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p293.pdf. Acesso em: 26 set. 2022, p. 294.

¹⁰³ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 294.

¹⁰⁴ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135-169, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>. Acesso em: 26 set. 2022, p. 146.

¹⁰⁵ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and administration**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 138-141 apud BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 144.

¹⁰⁶ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. 3. ed., v. 2. Milão: Giuffrè, 1993, p. 344-345.

¹⁰⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 140.

¹⁰⁸ Quanto ao ponto, Francesco Manganaro sustenta que “a escolha entre um ato autoritativo ou consensual é feita, no procedimento, de acordo com a possibilidade de se chegar à composição dos interesses em jogo, já que o caráter autoritativo da função se revela útil e necessário apenas quando se trata, na persecução da finalidade pública conexa à função administrativa que está sendo exercida, de dobrar estes interesses que, pela sua natureza ou pela maneira

Em arremate, a procedimentalização e a contratualização da atividade administrativa podem ser considerados como microfenômenos tributários a um fenômeno macro, o da *concertação*, que figura como principal traço da Administração Pública contemporânea.

No transcurso do século XX para o século XXI, as sociedades modernas foram fortemente influenciadas por circunstâncias externas que alteraram seu modo de ser e agir: o incremento da tecnologia, notadamente no ambiente comunicacional, modificou os processos até então estabelecidos e encurtou distâncias geográficas; a globalização, que relativizou a soberania dos Estados, passou a exigir daqueles, para além das relações internas, composições em âmbito internacional; e a diluição do poder político e econômico, tendo em vista o surgimento de grandes organizações privadas, que passaram a exercer influência considerável sobre as decisões tomadas pelo poder público, são apenas exemplos das transformações – ainda em progresso – no ambiente hodierno. Como ressalta Cristiano Paixão Araújo Pinto, as inovações do mundo moderno foram tantas a ponto de alterar a própria noção de tempo para os indivíduos¹⁰⁹.

Dentro dessa perspectiva, a Administração Pública do século XXI, como produto do meio em que estabelecida, necessitou adequar seu instrumental teórico e o regime jurídico a que se encontra submetida para atender às necessidades contemporâneas, cada vez mais complexas e cambiantes. Assim, frente à insubsistência da cultura administrativa vertical e hierarquizada, estritamente vinculada às decisões unilaterais, a *concertação* surge como mecanismo ínsito ao atual perfil do Estado de Direito, de feição democrática e social, capaz de promover integração em um cenário de pluralismo de ideias e conflitos de interesses¹¹⁰.

com que são expressos, colocam um obstáculo à realização do resultado do qual a função administrativa é instrumental” (MAGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell’attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 139-141 apud ARAGÃO, *op. cit.*, p. 294.

¹⁰⁹ Nas palavras do autor, “Nesta sociedade moderna, complexa, o tempo é sempre e cada vez mais raro, mais curto, posto que apropriável, qualificável e vendável, redutível portanto a cálculos quantitativos na composição de projetos, investimentos e custos. Nas sociedades tradicionais, o tempo contemplativo, não empregado produtivamente nas vidas individuais, é percebido como o prêmio daqueles que poucos que por se encontrarem no topo da hierarquia das castas ou estamentos gozavam do ócio que lhes permitia serem plenamente homens, devotando-se integralmente às leis, à política, à filosofia e à poesia. Aqui, ao contrário, é visto como tempo perdido. As vidas individuais são cada vez mais longas em termos quantitativos, em número de anos, e, paradoxalmente, percebidas qualitativamente pelos indivíduos que as vivem como cada vez mais rápidas, breves, ou seja, insuficientes para tudo o que poderiam haver feito, até mesmo no âmbito do lazer” (PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. XI).

¹¹⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 191.

A Administração concertada é caracterizada, em síntese, como um “modo de atuação por meio do consenso e da produção de acordos”¹¹¹. Na definição cunhada por Eberhard Schmdit-Assman, tal expressão representa:

(...) una clase de proceso para la toma de decisiones, basada en el consenso y la negociación o, em términos aún más amplios, en una forma de Administración pública cuyas decisiones (y la preparación y ulterior ejecución de éstas) son fruto de la deliberación y negociación en el marco de un contexto más o menos estable de relaciones entre las autoridades públicas y el sector privado¹¹².

Não obstante, mister esclarecer que a concertação não deve ser vista apenas como um instrumento de composição de partes ou ferramenta dialógica ofertada à Administração para a persecução dos seus interesses. À luz do paradigma democrático, o fenômeno da concertação deve ser incorporado à cultura administrativa, produzindo efeito sobre toda a sua estrutura, sob pena de se tornar mero valor abstrato destituído de aplicabilidade prática.

Como se nota, a Administração Pública e o direito administrativo não são sistemas estanques, apartados de influências externas e alheios às transformações políticas, sociais e econômicas. Diferente do que entendia Otto Mayer¹¹³, ambas as figuras são, em verdade, produtos do meio em que estabelecidas: a Administração Pública e o direito administrativo do século XXI são substancialmente diferentes daqueles concretizados no âmbito do Estado Liberal ou do Estado Social. Há, em certa medida, uma relação dinâmica e uma dependência recíproca¹¹⁴ entre a formatação do Estado e as necessidades sociais e os contornos dados à atividade administrativa, de sorte que os avanços e transformações daqueles devem necessariamente impactar a atuação desta.

Nesse diapasão, à luz das discussões travadas no presente trabalho, urge analisar em que medida a consolidação do paradigma democrático e social do Estado de Direito, bem como os novos vetores de atuação da Administração Pública impactaram a estrutura e organização da

¹¹¹ Ibid., p. 191.

¹¹² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Tradução de Mariano Bacigalupo, José Maria Rodríguez de Santiago, Javier Barnés, Blanca Rodríguez Ruiz, Javier García Luengo, Germán Valencia, Ricardo García Macho, Francisco Velasco, Alejandro Huergo. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 36.

¹¹³ O publicista alemão, no prólogo de 29 de agosto de 1923 à 3ª edição do seu *Deustches Vervaltungrecht*, sustentava certa estabilidade do direito administrativo frente às influências externas, cunhando a expressão: “o direito administrativo permanece, enquanto o direito constitucional passa”, na intenção de sintetizar o isolamento da disciplina em relações às transformações e evoluções da modernidade (REBOLLO, Luís Martín. **Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonomico**. Cantabria: Ed. Asamblea Regional de Cantabria, 1989, p. 68).

¹¹⁴ BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. **Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão**. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 04, p. 1938-1960. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461>. Acesso em: 04 out. 2022.

função pública brasileira. Ainda que o vínculo unilateral-estatutário entre Estado-servidor encontre guarida na doutrina administrativista, a sua evidente relação com uma organização administrativa liberal, fruto do legado oitocentista ainda existente no direito pátrio, é fortemente contestada pela dogmática contemporânea do direito administrativo.

2.3 A impossibilidade de manutenção do vínculo estatutário da função pública sob a égide do Estado de Direito democrático e social

Em linha de princípio, como ressaltado ao longo deste capítulo, é firme na doutrina brasileira a concepção de que o vínculo unilateral-estatutário é o mais adequado para disciplinar a relação existente entre Estado-servidor. É preciso, portanto, antes de analisar sua compatibilidade para com o paradigma democrático e social do Estado de Direito e os vetores que norteiam a Administração Pública contemporânea, compreender as razões que levaram os administrativistas a defenderem tal posicionamento. Como estratégia metodológica, será adotado o raciocínio hipotético-dedutivo¹¹⁵, na intenção de validar ou refutar as premissas utilizadas para a construção daquele raciocínio à luz da dogmática hodierna do Direito Administrativo.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o regime normal dos servidores públicos deveria ser o de índole estatutária, vez que “concebido para atender a peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos de atuação do Estado”¹¹⁶. Nota-se, portanto, que na visão do célebre administrativista, apenas o vínculo estatutário seria capaz de garantir a prevalência do interesse público na relação Estado-servidor, ante o fato de que somente com a edição de leis heterônomas por parte do Estado se garantiria o exercício impessoal da função pública.

Não obstante, a referida conclusão encontra-se balizada em premissa equivocada, partindo-se do princípio de que interesses públicos e privados são “inconciliáveis, excludentes, de essência distinta”¹¹⁷, de sorte que, no âmbito da disciplina jurídica da função pública, não haveria espaço para ingerência dos servidores públicos, devendo o Estado assumir posição de superioridade hierárquica, sob pena de mácula ao interesse público, sempre prevalente.

¹¹⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 23.

¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 247.

¹¹⁷ NETTO, *op. cit.*, p. 136.

Ocorre que, como ressalta Binенbojm, “a ideia da existência de um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles”¹¹⁸ não resiste aos fundamentos do Estado de Direito de perfil democrático e social. A partir da aproximação entre sociedade e poder público, houve verdadeira relativização da dicotomia estanque e odiosa envolvendo o público e o privado, sendo certo que institutos concebidos pelo direito privado se tornaram úteis aos fins do Estado e passaram a ser utilizados nas mais variadas frentes, notadamente na prestação de serviços públicos e na intervenção no domínio econômico¹¹⁹, sem implicar, contudo, relativização à persecução do interesse público.

É preciso compreender, desde logo, como adverte Schmidt-Assmann, que apesar de a Administração Pública ser o titular qualificado dos interesses públicos, ela não ostenta o monopólio da sua realização. Nesse sentido, os interesses públicos não são tutelados exclusivamente pelo Estado, podendo ser alcançados através de entidades privadas, grupos de interesses e particulares¹²⁰ ou da ação coordenada de ambos, em regime de mútua colaboração.

Nesse cenário, ante a complexidade que circunda a questão, não se deve admitir a existência de prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado, cabendo à Administração Pública, à luz da proporcionalidade, realizar um juízo de ponderação entre os interesses em disputa, atuando circunstancial e estrategicamente com vistas a superar regras estáticas de preferência¹²¹. O procedimento administrativo¹²² emerge, portanto, como instância deliberativa ideal para o diagnóstico, análise e ponderação dos interesses envolvidos, viabilizando a participação pública, tão cara ao status democrático do Estado de Direito.

Na intenção de superar a indeterminação conceitual que circunda o termo *interesse público*, ora compreendido como interesse da Administração, ora entendido como o interesse do conjunto social, Eberhard Schmidt-Assmann propõe que cabe ao Estado a persecução do “bem estar geral”, sendo este caracterizado pelo interesse comum formado a partir da conjugação dos interesses especiais envolvidos, públicos e privados¹²³. Retirando do Estado a tutela exclusiva do bem comum, passa este a ser alcançado através de complexos processos

¹¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 30

¹¹⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 150.

¹²⁰ SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*, p. 165.

¹²¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 32.

¹²² SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*, p. 165-166.

¹²³ *Ibid.*, p. 166.

envolvendo tanto o poder público como os cidadãos, adotando-se evidente postura participativa¹²⁴.

Em arremate, nota-se que, no âmbito da função pública, não se pode afirmar ser o vínculo estatutário da relação entre Estado-servidor o único capaz de garantir a prevalência do interesse público, vez que a edição de estatuto objetivo, genérico, abstrato e impessoal não é condição suficiente para tanto. Ao revés, a persecução do interesse público não depende exclusivamente da atuação do Estado em posição hierarquicamente superior, subordinando necessariamente terceiros à sua vontade, mas da conjugação dos diversos interesses envolvidos através do juízo de ponderação realizado sob a ótica procedimental, devendo ser afastada a automática associação entre interesse público e unilateralidade do vínculo¹²⁵.

Outro forte argumento utilizado pela doutrina tradicional para justificar a adoção do vínculo estatutário da função pública reflete-se na possibilidade de fixação e alteração unilateral da disciplina jurídica pelo Estado, garantindo o controle do serviço por seu próprio tomador (o Estado) e tornando irrelevante a manifestação de vontade dos agentes. Dessa forma, o servidor público deve se “submeter a uma ordem preestabelecida em lei, não podendo influir com a sua vontade na fixação das condições, tendo que aceitar o que o poder público fixou”¹²⁶, evitando “voluntariedade e subjetivismo”¹²⁷.

Não obstante, aqueles que aderem a esse posicionamento partem do pressuposto de que o poder heterônomo do Estado apenas se faz presente através da edição de um estatuto, inexistindo em relações consensuais. Filiam-se, assim, a uma concepção tipicamente liberal do conceito de *contrato* e de *autonomia da vontade*, premissas não mais existentes na realidade hodierna.

A filosofia comportamental que imperava no *iter* do Estado Liberal, muito em razão da intensa subordinação existente no Antigo Regime, apontava para um verdadeiro abstencionismo do Estado nas relações privadas, alocando a “vontade humana como fonte de

¹²⁴ Daniel Wunder Hachem, na esteira do que lecionado pelo publicista alemão, subdivide ainda o termo “interesse público” em interesse público em sentido amplo, considerado como todo interesse protegido pelo ordenamento jurídico, de ordem geral ou individual, e interesse público em sentido estrito, entendido como o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), devendo ser identificado concretamente pela Administração Pública (HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/220>. Acesso em: 12 out. 2022).

¹²⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 150.

¹²⁶ ANASTASIA, *op. cit.*, p. 100-101 apud NETTO, *op. cit.*, p. 160.

¹²⁷ ROCHA, *op. cit.*, p. 127 apud NETTO, *op. cit.*, p. 160.

qualquer transformação operada no mundo do direito”¹²⁸. Desse modo, não cabia ao poder público interferir na liberdade contratual, ficando as avenças subordinadas exclusivamente à autonomia da vontade das partes¹²⁹, a quem competiria escolher “quando, como, com quem e o que contratar (...). As prescrições positivas, que visassem a impor aos indivíduos certas condições de estipulação, eram fortemente rechaçadas”¹³⁰.

A partir das violentas crises econômicas que assolaram o globo no início do século XX, evidenciando a disparidade econômica e social entre a classe de empregadores e os trabalhadores subordinados, deu-se início à derrocada do modelo liberal de Estado. Consequentemente, os dogmas do contrato como livre acordo entre as partes e da autonomia da vontade como único instrumento de criação de direitos e obrigações deram ensejo ao conceito de *justiça contratual*, que, ao invés de uma liberdade plena, passou a exigir uma liberdade positiva, caracterizada pela “prévia decisão política de possibilitar a liberdade dos indivíduos por meio da igualdade e da distribuição de recursos”¹³¹.

A relação contratual passa, então, a obedecer a fins outros além da pura e simples vontade das partes, reconhecendo-se, inclusive, a função social do contrato. Sendo o Estado o tutor por excelência dos interesses sociais, inicia-se o processo de dirigismo contratual, atuando o poder público como limitador da liberdade individual no campo do contrato, como forma de garantir, para além da liberdade meramente formal, a liberdade substancial das partes contratantes¹³².

Nesse contexto, ainda que a vontade das partes se mantenha como eixo principal das fontes de determinação do regulamento contratual¹³³, as normas legais passam a desempenhar

¹²⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 30 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 114.

¹²⁹ Conforme apontam Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Braga Netto, “Na ideologia do liberalismo e da mão invisível de Adam Smith, não se cogitava uma igualdade substancial entre os contratantes ou mesmo uma justiça substancial nos termos da convenção. O equilíbrio negocial era resultado automática de as partes terem livremente convencionado o teor das cláusulas, objetivando a proteção de seus interesses econômicos. Em um sentido neutro, a liberdade era considerada como a ausência de intervenção e/ou restrição do Estado no âmbito privado do indivíduo.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil – Volume único**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 724).

¹³⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 115.

¹³¹ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 724.

¹³² SILVA, Luiz Alberto da. Dirigismo Contratual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 5, 1965, p. 125. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/974>. Acesso em: 14 out. 2022.

¹³³ Ainda que se reconheça o processo de dirigismo contratual, converge a doutrina que a vontade das partes, em se tratando de contrato, é prevacente, não sendo ela tolhida pela influência das leis ou das decisões judiciais. Como ensina Luiz Alberto da Silva, “continua a prevalecer a regra de que as convenções legalmente formadas são leis entre as partes, pois essa regra não foi derogada por qualquer dispositivo legal. No entanto, a lei do contrato é restringida em sua ação, pelo que convencionou chamar de princípios constitucionais do comércio jurídico, segundo Hariou.” (Ibid., p. 126).

o papel de fontes heterônomas das avenças, dando ensejo a uma dialética entre fontes de tipos diversos¹³⁴. Sob a égide do paradigma democrático e social do Estado de Direito, “o papel da lei é conformar os contratos às exigências solidaristas da Constituição Federal”¹³⁵, operando sob viés negativo (de proteção) e positivo (de direção).

É possível notar, ao fim, que a justificativa apresentada por aqueles que defendem o vínculo estatutário como único capaz de assegurar a fixação e alteração unilateral da disciplina jurídica inerente à relação entre Estado-servidor não encontra respaldo atualmente. Como exposto, a dogmática contratual contemporânea estabeleceu novos contornos ao conceito de *autonomia da vontade*, admitindo a regulação legal total ou parcial dos contratos, como forma de garantir justiça e equilíbrio ao acordo de vontades. Há, portanto, uma tendência cada vez maior de “transposição do elemento *vontade individual*, como fonte fora do Direito, para o conceito de *vontade jurídica*, vontade dentro do Direito”¹³⁶, demarcando também o contrato como espaço de intervenção heterônoma do Estado.

Mas, para além da superação das principais teses arguidas pelos defensores hodiernos do vínculo estatutário entre Estado-servidor, a crise desse modelo de função pública encontra raízes em seus próprios fundamentos de existência, que não subsistem quando confrontados com as bases valorativas que orientam o Estado de Direito de perfil democrático e social.

Como citado no transcorrer deste capítulo, a tese do vínculo estatutário funda-se de forma imediata na concepção organicista do agente público, decorrência direta das teorias orgânicas do poder político, que ganharam notável popularidade no meio acadêmico entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX¹³⁷. Como órgão integrante da estrutura organizacional da Administração Pública, com a qual constituía unidade jurídica, o agente público “deixava de ser uma pessoa dotada de autonomia jurídica, para se transformar num sujeito que, possuidor de uma simples capacidade natural, se limitava a manifestar e actuar a vontade do Estado”¹³⁸, constituindo-se em mero instrumento mecânico ou biológico deste¹³⁹.

Leciona Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena que a relação de trabalho¹⁴⁰ para com o Estado é composta por um viés *objetivo*, caracterizado pela integração do agente público à estrutura

¹³⁴ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 743.

¹³⁵ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 743.

¹³⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **O contrato de trabalho com o estado**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2002, p. 64.

¹³⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 127.

¹³⁸ FERNANDES, Francisco Liberal. **Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração**: crise do modelo clássico de emprego público. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 89.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 87-88.

¹⁴⁰ A relação de trabalho deve ser aqui entendida “como manifestação de atividade humana”, prestada à conta de outrem (no específico exercício da função pública, à conta do Estado) (VILHENA, *op. cit.*, p. 26).

organizacional da Administração Pública, exercendo, em nome e à conta desta, as funções que lhe foram designadas, bem como por um viés *subjetivo*, entendido como “a troca de direitos e deveres entre o Estado e os que lhe prestam serviços ou o compõem administrativamente.”¹⁴¹.

Ocorre que, no âmbito da teoria unilateral-estatutária, a sobredita dualidade de vieses restou reduzida a um monismo, privilegiando quase que de forma absoluta o elemento objetivo. Assim, o agente público, sujeito à supremacia do Estado e concebido como mera estrutura do arranjo institucional administrativo, tem tolhida, em nome da ética moral profissional e do bem comum, sua própria personalidade. É que, sob a ótica da tese da situação legal, a relação de trabalho com o Estado sujeita o agente público a “aceitar as condições preestabelecidas unilateralmente pelo Estado”¹⁴², não lhe sendo admitido possuir interesses diversos dos estatais (condição essencial ao viés subjetivo da relação laboral estatal).

Não obstante, a Constituição de 1988, ao trazer em seu texto a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, elevou tal imperativo ao status de metaprincípio¹⁴³, garantindo que sua força normativa irradie valores e vetores interpretativos para todo o ordenamento jurídico nacional. Não é exagero afirmar que, à luz da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, na esteira da doutrina alemã, não é possível que se realize qualquer interpretação constitucional ou legal sem referenciar a dignidade da pessoa humana, face ao seu valor axiológico inarredável no âmbito da hermenêutica constitucional¹⁴⁴.

A partir do movimento que convencionou-se intitular de virada kantiana¹⁴⁵, demarcando uma reaproximação entre ética e direito, a dignidade da pessoa humana passou a representar uma hipervalorização do indivíduo, de sorte que cada homem seria um fim em si mesmo, não podendo ser visto e nem tratado como instrumento para a satisfação de terceiros ou de interesses

¹⁴¹ VILHENA, *op. cit.*, p. 107.

¹⁴² NETTO, *op. cit.*, p. 214.

¹⁴³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 464.

¹⁴⁴ Quanto ao ponto, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a dignidade da pessoa humana exerce função integradora e hermenêutica sob todo o ordenamento jurídico vigente, não restringindo seu âmbito de aplicação apenas às normas que veiculam direitos fundamentais. Afirma o jurista que, de “modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e desenvolvimento jurisprudencial do Direito. Justamente no âmbito dessa função do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo, de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertati*, tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 106).

¹⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 49-50.

diversos. Segundo Luís Roberto Barroso¹⁴⁶, dentre as possíveis acepções que a dignidade da pessoa humana assume atualmente, encontra-se a *autonomia*, “que expressa o direito de cada pessoa, como um ser moral e como um indivíduo livre e igual, tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa”¹⁴⁷. Há, portanto, como conclui Binjenbojm, uma relação de interdependência e reciprocidade entre democracia e dignidade da pessoa humana, vez que somente ao se compreender o indivíduo como legítimo tutor dos seus interesses é que se confere a ele, para além do papel de destinatário, o de autor “das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado”¹⁴⁸. Pode-se dizer, assim, que a dignidade da pessoa humana é valor relevante ao Estado de Direito democrático e social, sendo, como afirma Daniel Sarmento, seu epicentro axiológico¹⁴⁹.

Diante desse contexto, infere-se que a teoria unilateral-estatutária da função pública – muito em razão da sua inspiração organicista –, ao reduzir o agente público a mero autômato da estrutura organizacional da Administração Pública, desconsiderando a sua qualidade de sujeito de direito detentor de interesses e demandas próprias, afronta gravemente o primado da dignidade da pessoa humana. Isso, porque, como alertado anteriormente, à luz desse metaprincípio, não é dado ao indivíduo ser utilizado como instrumento para a consecução de interesses de terceiros, não subsistindo exceção, nem mesmo, ao Estado.

Há, portanto, uma incompatibilidade ontológica entre a teoria da situação legal e a elevação da dignidade da pessoa humana ao status de diretriz axiológica do ordenamento jurídico brasileiro, pois enquanto a primeira não concebe o agente público fora da estrutura interna do Estado, a segunda não permite que o agente público tenha sua existência pautada na relação de vinculação com o Estado. Nesse sentido, sob mais esse ponto, não subsiste espaço no atual estado de coisas para aceitação da teoria unilateral-estatutária como conformadora da relação funcional existente entre Estado-servidor.

¹⁴⁶ Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a dignidade da pessoa humana pode ser dividida em mais outros dois componentes, a saber: **i)** valor intrínseco, referindo-se ao status especial do ser humano no mundo; e **ii)** valor comunitário, decorrente da interferência social e estatal na conformação de limites da autonomia pessoal (BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 112 apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 466).

¹⁴⁷ Ibid., p. 466.

¹⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 50.

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 59-60 apud BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 51.

Para além do fundamento imediato (a concepção organicista do agente público), a tese do vínculo estatutário encontra respaldo mediato no paradigma liberal de Estado.

O modelo de Estado Liberal consolidou-se a partir de três eixos principais que fomentaram um contexto adequado para o desenvolvimento da teoria unilateral-estatutária da função pública, a saber: **i)** o status de superioridade hierárquica do Estado de forma apriorística: decorrência lógica da ideia de supremacia do interesse público, pregava-se a subordinação integral dos interesses individuais ao interesse da coletividade, como forma de garantir uma ordem social estável; **ii)** a conformação do Estado como sistema impermeável e operativamente fechado: sob a ótica da organização administrativa liberal não havia espaço para manifestações dialógicas, posturas consensuais ou influxos de ideais provenientes de organismos alheios ao próprio Estado. Na condição de particulares, cabia aos indivíduos tão somente acatar as determinações pré-concebidas pelo poder público, não sendo admitida qualquer interferência; e **iii)** a prevalência dos atos administrativos unilaterais como principal instrumento de manifestação da vontade estatal: a pretexto de garantir o império do interesse coletivo, à Administração Pública liberal foi conferida uma série de prerrogativas capazes de subjugar qualquer interesse conflitante. O ato unilateral surge como expressão dessa postura tipicamente agressiva, vez que dotados de atributos suficientes para lhe garantir a incontestabilidade e a inalterabilidade (a título exemplificativo, cita-se a imperatividade, a executoriedade e exigibilidade¹⁵⁰).

É trivial a conclusão de que o vínculo estatutário entre Estado-servidor representa a consagração de uma “Administração Pública fechada, opaca, resistente aos conflitos e ao escrutínio público, fundada numa pressuposta, abstrata e impositiva noção de interesse público”¹⁵¹. Ao classificar o agente público como verdadeiro órgão de Estado, atuando única e exclusivamente em nome desse, a quem incumbe fixar unilateralmente as condições de prestação dos serviços, a teoria unilateral-estatutária sintetiza a essência valorativa do modelo de Estado Liberal.

Sucedendo-se que, apesar do relevante valor histórico, o paradigma liberal de Estado entrou em declínio, não logrando êxito em acompanhar a complexidade das demandas sociais contemporâneas. O quadro jurídico-constitucional atual – ao menos nos países ocidentais – estão adstritos a novas formas de atuação do poder público, cada vez mais pautadas na dialética

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 401-402.

¹⁵¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 167.

e na permeabilidade da função administrativa a interesses diversos (inclusive interesses particulares, demonstrando, ainda que em linha de princípio, uma superação da noção apriorística de supremacia do interesse público).

Aos poucos, o ato administrativo unilateral perde seu protagonismo e o procedimento passa a ocupar o centro da dogmática jurídico-administrativa, a Administração Pública abandona sua posição de superioridade hierárquica frente aos particulares, reconhecendo a existência de novos centros de poder e o sistema administrativo, antes operativamente fechado, se abre para o influxo de novas ideias, enxergando na concertação uma forma de atuação mais eficiente e menos impositiva. Consolida-se, assim, o Estado de Direito de perfil democrático e social, formado por uma arquitetura valorativa diametralmente oposta àquela cultuada no âmbito do Estado Liberal.

Percebe-se, dessa forma, que a teoria do vínculo unilateral-estatutário tem como fundamento mediato de existência um paradigma de Estado de há muito superado. Não há, no âmbito do Estado de Direito de perfil democrático e social espaço hermenêutico que justifique a manutenção dessa espécie de vínculo estre Estado-servidor, sob pena de se incorrer em uma *contradictio in terminis*.

Ao fim e ao cabo, sob todos os aspectos analisados, não subsistem os argumentos balizados por parcela da doutrina administrativista para justificar, ainda hoje, a manutenção do vínculo estatutário entre agente-Estado. A dogmática contemporânea do Direito Administrativo não comporta resquícios da organização administrativa liberal, sendo forçoso concluir pela necessidade de reestruturação do modelo de função pública adotado no Brasil, na intenção de, a partir de um movimento de ruptura, garantir sua conformação aos novos paradigmas de Estado.

3 O MODELO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A PROPOSIÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL

Desde sua gênese, o direito administrativo foi construído e alicerçado a partir de um referencial estritamente legalista, sendo ilustrativa a frase cunhada por Miguel Seabra Fagundes, ainda em 1941, para o qual “administrar é aplicar a lei de ofício”¹⁵². A Constituição, fenômeno jurídico ainda novo à época, não se ocupava de matérias complexas e nem assumia postura analítica, reservando-se à função de organização do poder político, de distribuição de competências e de previsão dos direitos fundamentais. A lei assumia, portanto, papel de protagonismo na disciplina das relações jurídicas, tanto públicas como privadas.

Não obstante, como noticia Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵³, a partir da segunda metade do século XX iniciou-se um processo de erosão da lei formal – a intitulada *crise da lei* –, decorrente do “desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governantes, pela crise de representação, pelo incremento da atividade normativa do Poder Executivo”¹⁵⁴.

Em decorrência do fenômeno da deslegalização, deu-se início ao movimento de constitucionalização do Direito, passando a Constituição a assumir papel relevante como epicentro normativo do ordenamento jurídico. No âmbito do direito administrativo não foi diferente, sendo forçoso afirmar que “a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição”¹⁵⁵. No atual estado de coisas, o agir administrativo passou a ter como fundamento primeiro a ordem constitucional, tornando prescindível a interposição legislativa entre a Constituição e a Administração Pública. Nesse sentido, Gustavo Binenbojm leciona que:

(...) o surgimento de uma verdadeira *Constituição administrativa*, que, por um processo de autodeterminação constitucional, se emancipou da lei na sua relação com a Administração, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente

¹⁵² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. (atualizada por BINENBOJM, Gustavo). 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

¹⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 10, 1977, p. 16 apud BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 35.

¹⁵⁴ Ibid., p. 35.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 836.

habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.¹⁵⁶

Seguindo essas premissas, a Constituição de 1988 reservou um capítulo inteiro para disciplinar normas relativas à Administração Pública, incluindo em uma de suas seções matéria relativa aos servidores públicos. Em assim sendo, antes de se analisar qualquer proposição de alteração na função pública brasileira, é preciso, antes, compreender o modelo estabelecido pelo constituinte originário, na intenção de se evitar desarranjos sistêmicos.

3.1 O modelo constitucional da função pública brasileira

Em análise aos ordenamentos jurídico ocidentais, Daniela Mello Coelho Haikal aponta que os sistemas de função pública foram estruturados, basicamente, em dois diferentes modelos: o aberto ou de emprego e o fechado ou de carreira¹⁵⁷. Em esforço de síntese, necessário para o transcurso regular do presente trabalho, entende-se que no modelo aberto ou de emprego:

(...) a Administração atua na posição de simples empregador: a filosofia de contratação para a composição dos quadros de pessoal do Estado é baseada, tão somente, na “cobertura dos postos de trabalho do setor público”, sem qualquer preocupação “com a formação de um corpo técnico permanente e atuante exclusivamente no trato da coisa pública, prevalecendo vínculos de contrato de trabalho sem o oferecimento de um estatuto funcional submetido a regime jurídico especial diferenciado daquele comumente utilizado nas relações privadas”. Em resumo, quando adotado esse sistema, inexistem diferenças entre o regime jurídico dos funcionários públicos e aquele que disciplina os empregados propriamente ditos, de sorte que a relação entre o agente e a Administração é formada por um vínculo de emprego como outro qualquer.¹⁵⁸

Por outro lado, o modelo fechado ou de carreira pode ser caracterizado:

(...) pela criação de um regime jurídico exclusivo e diferenciado para o exercício da função pública, pautado em uma lógica substancialmente diversa da existente no âmbito do setor privado, sendo regido majoritariamente pelo Direito Administrativo, através da edição de normas regulamentadoras ou estatutárias. (...) o sistema fechado ou de emprego “ênfatiza a instituição de modelo de progressão funcional, estimulando o aperfeiçoamento e a experiência do corpo profissional do Estado, sob um regime de regras gerais, impessoais e igualitárias.”¹⁵⁹

¹⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 37.

¹⁵⁷ COELHO, Daniela Mello. Direito da função pública: fundamentos e evolução. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 71, n. 2, ano XXVII, abr./jun. 2009, p. 116.

¹⁵⁸ SIMÕES, André Pinho. **Es(ins)tabilidade dos servidores públicos**: da gênese à crise do instituto. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021. p. 38-39.

¹⁵⁹ Ibid., p. 41.

Da análise detida acerca dos modelos de função pública existentes, nota-se que a principal diferença entre um e outro reside especificamente na postura adotada pela Administração Pública quando atuante nas relações laborais. Enquanto no sistema aberto o Estado ocupa a posição de um “empregador convencional”, mais preocupado com a organização e prestação do serviço do que com o agente que desempenhará tais funções, no sistema fechado o poder público valoriza sobremaneira o funcionário público, procurando compor seu quadro de pessoal com corpo técnico permanente, estável e comprometido exclusivamente com o exercício da função pública.

É preciso ressaltar, contudo, que as subsequentes reformas administrativas pelas quais passaram os países ocidentais no transcurso do século XX para o século XXI desestabilizaram a solidez da classificação dos sistemas de emprego público. As relações com o Estado, cada vez mais multipolares, informatizadas e complexas, passaram a exigir da função pública demandas para as quais ela não estava preparada para atender, provocando a decadência dos consolidados sistemas funcionais. Sob a ótica do modelo aberto ou de emprego, a inexistente preocupação da Administração Pública para com a formação de um corpo técnico e permanente acabou por ensejar a “transitoriedade, instabilidade e, conseqüentemente, perda da autonomia dos ocupantes do quadro de pessoal (...), que passaram a se preocupar mais com a manutenção do emprego do que com o exercício do seu múnus”¹⁶⁰. Já sob a égide do modelo de carreira, o alto custo da manutenção de um corpo funcional permanente e a dificuldade com o gerenciamento dos postos de trabalho em razão de institutos como a estabilidade foram determinantes para o engessamento e inoperabilidade do sistema.

Como alternativa, “os modelos de emprego público começam a migrar para formatos mais híbridos, em que existe um *mix* das mais convenientes características do *sistema de emprego* e do *sistema de carreira*”¹⁶¹. Segundo Pedro Nunes e Conceição Castro, a adoção desse modelo híbrido de função pública tem como objetivo principal uma melhora significativa na qualidade do serviço ofertado à população, possuindo como referências: i) a necessidade de se evidenciar resultado; ii) a transparência e responsabilização dos serviços públicos; iii) a transição para economias de mercado e protagonismo do setor privado no crescimento econômico; e iv) a influência dos novos modelos de gestão pública¹⁶².

¹⁶⁰ SIMÕES, *op. cit.*, p. 48-49.

¹⁶¹ NUNES, Pedro; CASTRO, Conceição. Sistemas de Emprego Público no século XXI: Que significado? Uma sistematização. **Estado, Gobierno y Gestión Pública**, n. 15-16, p. 191-222. Disponível em: <https://revistaeggp.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/11698>. Acesso em: 17 nov. 2022. p. 200.

¹⁶² *Ibid.*, p. 210.

Feitas essas considerações preambulares, serão analisados, a partir desse momento, dispositivos constitucionais acerca da função pública brasileira, na intenção de estabelecer qual modelo funcional – o de emprego, o de carreira ou o híbrido – foi adotado pelo constituinte originário para orientar as relações funcionais entre Estado-servidor.

De início, o art. 37, II, da Constituição de 1988, estabelece como mecanismo de ingresso aos cargos e empregos públicos a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Sustenta a doutrina administrativista que o concurso público consagra, de uma só vez, a isonomia, o princípio democrático e o interesse público, ao permitir ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos mediante procedimento impessoal, que selecionará os candidatos mais aptos ao exercício de determinada função pública¹⁶³.

Nota-se, portanto, que o constituinte brasileiro optou claramente por adotar o sistema de mérito (*merit system*) como critério de acesso à função pública, promovendo o recrutamento dos agentes administrativos a partir de procedimento objetivo e igualitário deflagrado para avaliar a capacidade e competência dos candidatos¹⁶⁴. Convém ressaltar que o sistema de mérito, para além de critério de acesso aos cargos públicos, é também utilizado como parâmetro para a promoção na carreira dos agentes públicos, garantindo que os ocupantes dos postos de trabalho no Estado sejam dotados de técnica e expertise.

A *contrario sensu*, a Constituição de 1988 rechaçou expressamente a utilização do sistema de despojos (*spoil system*) para o recrutamento de pessoal no âmbito da Administração Pública. Segundo tal modelo, a escolha dos ocupantes dos cargos na estrutura funcional do Estado é pautada em critérios meramente políticos, de modo que o candidato ou o partido que obteve êxito no processo eleitoral preencheria os cargos públicos com aqueles que lhe são favoráveis ou lhe auxiliaram, de alguma forma, a conquistar o poder¹⁶⁵. Na esteira do entendimento exposto por Miguel Sánchez Morón, a decisão do constituinte originário é

¹⁶³ Por todos, esse é o entendimento manifestado por Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz: “O regime democrático é marcado pela titularidade do poder conferida aos cidadãos, e de tal assertiva decorre o direito de participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais. Por outro lado, o princípio isonômico determina um equânime tratamento dos cidadãos, de acordo com sua situação pessoal, não havendo amparo para tratamento injustificadamente privilegiado ou desfavorecido por parte do Estado. Também não se pode olvidar que, em razão do princípio do interesse público, o concurso deve objetivar selecionar os mais aptos para titularizar as posições estatais, em atendimento ao princípio da eficiência administrativa. Conjugando-se as três ideias, conclui-se que o acesso aos cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, precedido de um procedimento impessoal onde se assegurem igualdade de oportunidades a todos os interessados em concorrer para exercer os encargos oferecidos pelo Estado, a quem incumbirá identificar e selecionar os mais adequados mediante critérios objetivos” (DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 27-28).

¹⁶⁴ COELHO, *op. cit.*, p. 121.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Futuro do Concurso Público. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 1, n. 1, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/19>. Acesso em: 23 nov. 2022.

acertada se avaliada sob a ótica do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a adoção dos *spoils system* tem como consequência a institucionalização de favoritismos e dos amiguismos, práticas típicas de uma Administração patrimonialista e pouco eficiente¹⁶⁶, não consentânea com as práticas administrativas atuais.

Em um segundo plano, o art. 39, §2º, da Constituição de 1988, impõe aos entes federados a instituição e manutenção de *escolas de governo* destinadas à formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. Em linhas gerais, trata-se de programas organizados para “estimular, permanentemente, a disseminação do conhecimento em gestão pública, bem como o desenvolvimento de competências profissionais dos que compõem o Estado”¹⁶⁷.

Quanto ao ponto, o Brasil adotou um modelo híbrido para a capacitação dos quadros de pessoal do Estado, facultando à própria burocracia estatal o desenvolvimento dos programas de aperfeiçoamento dos servidores públicos (modelo francês), como ocorre com o Instituto Rio Branco (IRBR), vinculado ao Ministério das Relações Exteriores e com a Fundação João Pinheiro, no Estado de Minas Gerais, bem como permitindo que universidades ou organizações sem fins lucrativos exerçam esse múnus, tendo como exemplo a Fundação Getúlio Vargas e o Instituto Brasileiro de Administração Municipal (modelo norte-americano)¹⁶⁸.

A opção constitucional pela criação, fomento e manutenção das escolas de governo demonstra a nítida preocupação do poder público com a formação de um setor de pessoal altamente qualificado e direcionado para o exercício da função pública. Para além da adoção do sistema meritório quando do ingresso do servidor na burocracia estatal, a complexidade das questões administrativas contemporâneas exige um aperfeiçoamento contínuo, ficando a cargo daquelas instituições o desenvolvimento de capacidades e novas habilidades aos funcionários públicos, na intenção de torná-los aptos a oferecer respostas satisfatórias ao conjunto social

Do ponto de vista orçamentário, a Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu o parágrafo sétimo ao art. 39 da Constituição brasileira, determinando a reserva e aplicação de recursos financeiros dos órgãos, autarquias e fundações na modernização das instalações públicas e em programas de desenvolvimento de qualidade e produtividade do serviço público.

¹⁶⁶ MORÓN, Miguel Sánchez. **Derecho de la función pública**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 113-114.

¹⁶⁷ AIRES, Renan Felinto de Farias *et al.* Escolas de governo: o panorama brasileiro. **Revista de Administração Pública**, v. 48, n. 4, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-76121689>. Acesso em: 23 nov. 2022.

¹⁶⁸ COELHO, Fernando de Souza; LEMOS, Murilo. Escolas de governo: conceitos, panorama no Brasil e uma agenda para o nível local. In: COELHO, Fernando de Souza *et al* (org.). **Escolas de governo: formação e capacitação de agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Oficina Municipal – Fundação Konrad Adenauer Brasil, 2020, p. 18-20.

A reforma administrativa de 1988 tinha como objetivo principal a introdução da filosofia gerencial à Administração Pública brasileira, em superação às estruturas burocráticas prestacionais verificadas até então¹⁶⁹. Para tanto, foram idealizadas alterações constitucionais no sentido de garantir, entre outros propósitos, o “controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (...) a administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto-referida”¹⁷⁰.

O art. 39, § 7º, da Constituição de 1988, cumprindo a missão reformista, busca garantir a instrumentalização da Administração Pública diante das inúmeras e constantes inovações tecnológicas, bem como fomentar a entrega de resultados pelos agentes públicos através de medidas indutoras de comportamento, com o custeio de programas de treinamento e capacitação e os adicionais ou bônus de produtividade¹⁷¹.

Por fim, o art. 41 da Constituição brasileira consagra o instituto da estabilidade dos servidores públicos, adquirida, conforme determina o próprio mandamento constitucional, após três anos de efetivo exercício. A estabilidade pode ser conceituada como “o direito do servidor público de permanecer vinculado à pessoa estatal em razão de trabalho, sendo a ineficácia deste vínculo subordinada a evento futuro e incerto, dentre os previstos em lei”¹⁷². Tal instituto apenas poderá ser relativizado de forma excepcional, através de “sentença judicial transitada em julgado, processo administrativo (...), procedimento de avaliação de desempenho ou necessidade de adequar as despesas com pessoal ao limite constitucional”¹⁷³.

Em uma perspectiva histórico-jurídica, a estabilidade dos servidores públicos foi pensada como mecanismo necessário para coibir o aparelhamento das instituições estatais pelos detentores do poder, afastando a feição patrimonialista da Administração através de um

¹⁶⁹ PIRES, Maria Coeli Simões. Reforma Administrativa: reflexões sob a perspectiva político-filosófica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997, p. 239. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/211>. Acesso em: 28 nov. 2022.

¹⁷⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, jan./abr. 1996, p. 11-12. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 28 nov. 2022.

¹⁷¹ Como ressalta Maria Coeli Simões Pires, a Administração Pública contemporânea tem um compromisso finalística de entrega de resultados aos administrados, sendo cada vez mais necessário a instrumentalização e o desenvolvimento das estruturas burocráticas para o cumprimento desse múnus. Nas palavras da autora: “(...) as sociedades hipercomplexas, a emergência de interesses difusos, as novas tendências de mundialização da economia, da mídia, da cultura e das relações, bem assim a revolução tecnológica indicam a necessidade de uma administração ágil, bem informada, dotada de recursos tecnológicos, integrada por agentes recrutados pelas suas aptidões, providente, capaz de fazer planos exequíveis, de responder ao conjunto de mudanças sociais. Uma administração voltada para a salvaguarda dos interesses dos administrados, que, além de subordinar suas discussões à regularidade jurídica de um prudente procedimento, contribua efetivamente para a satisfação de necessidades e a obtenção de padrões de eficiência e qualidade” (PIRES, *op. cit.*, p. 242).

¹⁷² COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Servidor público: reforma administrativa, estabilidade, empregado público, direito adquirido**. 1. ed., 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 83-84.

¹⁷³ DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 153.

processo contínuo de moralização e impessoalidade da gestão pública. Por outro lado, tal instituto também contribuiu para a “manutenção de um corpo de funcionário técnicos, capacitados e, de certa forma, habituados e profissionalizados com o exercício do múnus público”¹⁷⁴, garantindo a independência no desempenho das suas funções e evitando designações e demissões arbitrárias.

Da análise feita, nota-se que a Constituição de 1988 adotou o modelo de carreira para a organização e estruturação da função pública brasileira. Há nítida preocupação do constituinte em formar um corpo de agentes permanentes, selecionados através de procedimentos objetivos baseados no mérito (*merit system*), que contarão com patrocínio estatal (direta ou indiretamente, através das escolas de governo) para o desenvolvimento de habilidades e ingresso em programas de aperfeiçoamento, na intenção de fomentar verdadeira profissionalização da função pública¹⁷⁵.

Ocorre que, como ressaltado preambularmente, a experiência estrangeira e o direito comparado sustentam que definições estanques do sistema fechado de função pública – tal qual verificado no contexto brasileiro – comprometem a eficiência administrativa e estimulam a concessão de “privilegios laborales”¹⁷⁶. Nesse sentido, a grave crise fiscal que assola os Estados contemporâneos, aliada à forte influência da doutrina do *new public management* na gestão pública hodierna, promoveu uma aproximação entre o sistema das relações trabalhistas comuns e o da função pública, marcado pela intersecção de institutos jurídicos, na intenção de garantir agilidade e dinamicidade à burocracia estatal.

Segundo análise feita por Miguel Sánchez Morón, a gestão dos recursos humanos do Estado busca orientação nas práticas empresariais contemporâneas, apresentando as seguintes tendências:

El régimen jurídico de la función pública busca flexibilizarse en aspectos esenciales (sistemas de acceso y promoción, estatutos particulares, mayor movilidad, posibilidades de empleo temporal y a tiempo parcial, mayor discrecionalidad retributiva en función de la productividad, facilidades para la extinción de la relación de servicio...), aun a riesgo de disminuir las garantías jurídicas y limitando los derechos del funcionario (...). Se observa una mayor preocupación por el problema de la *gestión de los recursos humanos* y, en consecuencia, por el funcionamiento global de la maquinaria administrativa y para reformarla y conducirla con valores

¹⁷⁴ SIMÕES, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁵ BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, abr./jun. 2003, p. 9-10. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/699>. Acesso em: 07 dez. 2022.

¹⁷⁶ Na visão de Miguel Sánchez Morón, isso se deve ao fato de que a Administração Pública (ou melhor, os políticos que a dirigem), quando assume a função de tomadora de serviço, é sempre mais permeável à concessão de direitos e vantagens particulares aos agentes públicos, como forma de garantir capital político, estabilidade social e manutenção da regularidade das prestações dos serviços à cargo do Estado (MORÓN, *op. cit.*, p. 35).

eficientistas se promueve una nueva figura de *gestor o directivo público*, más afín al ejecutivo de empresa que al funcionario de nivel superior. Se insiste en la necesidad de que cada gestor tenga un área de decisión propia, lo que se traduce en la descentralización de la política de personal. Se hace aún mayor hincapié en la formación continua de los empleados públicos y, como corolario, se propugna, incluso desde instancias internacionales (...), una nueva cultura administrativa, que permita aumentar la responsabilidad individual del funcionario y su compromiso con el ciudadano (metafóricamente el cliente) al que debe servir.¹⁷⁷

Forçoso afirmar, portanto, que o modelo de função pública adotado pela Constituição brasileira se encontra desalinhado em relação às melhores práticas de gestão dos recursos humanos do Estado. É incontestável a necessidade de uma reforma estrutural no âmbito da função pública brasileira, seja para afastá-la do legado liberal ainda presente na sua disciplina jurídica (conforme exposto no capítulo inaugural deste trabalho), seja para aproximá-la das novas tendências que orientam a Administração Pública contemporânea. Entretanto, esse movimento reformista deve ser realizado com cuidado e atenção, para que sejam evitadas consequências nefastas, tais como: a redução de garantias essenciais do agente público, a indevida ingerência dos detentores de poder político sobre o funcionalismo e um processo de desprofissionalização da Administração Pública¹⁷⁸.

3.1.1 Considerações acerca do regime jurídico único

Ponto relevante do modelo de função pública brasileira (merecendo, por isso, análise apartada das demais) consiste na imposição constitucional de fixação, pelos entes políticos, de regime jurídico único para os servidores públicos da administração direta, autarquias e fundações públicas (art. 39, caput, da CRFB/88).

Como ressaltado por Ivan Barbosa Rigolin¹⁷⁹, o cenário funcional pré-constitucional foi marcado pela pluralidade de regimes jurídicos para a função pública, convivendo simultaneamente o estatutário, o celetista e o regime administrativo “especial”. Para além das

¹⁷⁷ Ibid., p. 36.

¹⁷⁸ Em brilhante síntese, Morón já alertava sobre os cuidados necessários ao realizar-se movimentos de reforma no âmbito da função pública, afirmando que “(...) las reformas no pueden hacerse perdiendo de vista las garantías jurídicas esenciales del funcionario como trabajador y como servidor público. No sólo en atención a los derechos individuales que la Constitución le reconoce, sino también para evitar la eventual arbitrariedad de los dirigentes políticos y de los gestores públicos, para interesar al funcionario en la gestión (sin la que cualquier reforma está condenada al fracaso) y para evitar la desprofesionalización de la Administración”. Em adição, o administrativista ainda sustenta a necessidade de se realizar uma filtragem de adequação quanto ao intercâmbio de práticas próprias das organizações privadas no setor público, ante o risco de “los excesos em la aplicación de las pautas de organización propias de la empresa privada pueden reducir las garantías del sistema de mérito y de la imparcialidad de los empleados públicos, con las inevitables secuelas de corrupción” (MORÓN, *op. cit.*, p. 37-38).

¹⁷⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 118-120.

diferenças inerentes à natureza desses regimes, que geravam distorções de ordem estrutural¹⁸⁰, os impactos em nível organizacional eram imensos, tendo em vista que o gestor de pessoal se via obrigado a tratar de forma desigual servidores que realizavam idênticas funções, o que ocasionava um cenário geral de “mal-estar”: tanto para a Administração Pública, como para os próprios agentes públicos.

O constituinte originário, atento ao tratamento anti-isonômico conferido à época aos servidores públicos, decidiu positivar junto à Constituição de 1988 o dever de unificação do regime jurídico funcional no Brasil, cabendo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, dentro da esfera de competência de cada um deles, fixar aquele que julgasse adequado e conveniente e que regeria, a partir de então, todos os servidores públicos que lhe fossem subordinados.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, a redação vaga e abstrata – e, porque não, insuficiente – do art. 39, caput, da CRFB/88, levantou inúmeras polêmicas junto aos intérpretes e operadores do Direito. Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho¹⁸¹, as dúvidas acerca da imposição constitucional do regime jurídico único consistiam em saber se esse regime único era obrigatoriamente o estatutário, se caberia à pessoa federativa a opção por algum regime, mas, após realizada a escolha, seria ele obrigatório para a Administração direta, autarquias e fundações públicas ou se haveria permissão para a adoção de um regime para a Administração direta e outro para as autarquias e fundações públicas.

Antes mesmo de superados os questionamentos supramencionados, a Emenda Constitucional nº 19/98, responsável por concretizar verdadeira reforma administrativa do Estado, alterou a redação do art. 39, caput, da CRFB/88, permitindo que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pudessem recrutar servidores sob mais de um regime jurídico”¹⁸². Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, nos idos de 2007, deferiu medida cautelar na ADI nº 2.135¹⁸³ para suspender, com eficácia *ex nunc*, os efeitos da alteração

¹⁸⁰ Como observado por Rigolin, haviam diferenças remuneratórias (em regra maior para os celetistas), diferenças quanto aos direitos e deveres funcionais (os estatutários e os submetidos a regime administrativo especial submetidos à disciplina dos estatutos locais e os celetistas às leis trabalhistas), diferenças quanto à possibilidade de alteração das condições laborais (unilateral para os estatutários e bilateral para os contratados celetistas), entre outras (RIGOLIN, *op. cit.*, p. 118-119).

¹⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 36. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 509.

¹⁸² *Ibid.*, p. 509.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135, Medida Cautelar**. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relatora para acórdão: Ministra Ellen Gracie, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299>. Acesso em: 12 dez. 2022.

promovida pela EC nº 19/98 na redação do art. 39, caput, da CRFB/88, restabelecendo a imposição da adoção do regime jurídico único para a função pública brasileira¹⁸⁴

Mantida incólume a disposição originária do art. 39, *caput*, da CRFB/88, até então, a doutrina administrativista brasileira majoritária (notadamente a partir da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2.135¹⁸⁵) consolidou entendimento no sentido de ser o “regime jurídico estatutário” não só o mais adequado como o único possível para a disciplina da função pública, tendo em vista o modelo funcional eleito pelo constituinte¹⁸⁶.

Não obstante, apesar de relevantes nomes do Direito Administrativo brasileiro filiarem-se a essa corrente, ela encontra-se amparada em premissas insustentáveis à luz da tessitura constitucional. Para além da impropriedade do vínculo estatutário da função pública sob a égide do paradigma democrático e social do Estado de Direito (tema abordado no tópico 2.3 deste trabalho, para o qual remetemos o leitor), há uma incongruência explícita entre o texto constitucional e a interpretação que lhe foi conferida pela doutrina majoritária

De imediato, a leitura atenta ao texto do art. 39, caput, da CRFB/88, deixa claro que o constituinte originário estabeleceu, como imposição às entidades políticas, a fixação de um regime jurídico único aos seus servidores, tão somente. Não há, em qualquer interpretação possível que seja feita sobre o dispositivo, a intenção de se adotar de forma apriorística este ou aquele regime jurídico, tendo a Constituição facultado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no âmbito do livre exercício da sua autonomia político-administrativa, definir o regime jurídico funcional mais consentâneo com a realidade da sua organização burocrática.

Apesar de se reconhecer a importância que a interpretação das normas constitucionais exerce no âmbito da jurisdição constitucional contemporânea, especialmente quando se adota

¹⁸⁴ Até o fechamento deste trabalho, não houve decisão de mérito prolatada no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135.

¹⁸⁵ Quanto ao ponto, é preciso ressaltar que muito antes do julgamento da medida cautelar prolatada no bojo da ADI nº 2.135 (que, em razão do objeto da ação direta, não chegou a discutir a natureza jurídica da expressão regime jurídico único), o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI nº 492, já havia manifestado entendimento no sentido de que o regime jurídico único a que se refere o caput do art. 39 da CRFB/88 teria natureza estatutária. Na fundamentação do voto vencedor, o Ministro Carlos Velloso cita Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson Dallari, Antônio Augusto Junho Anastasia e Carlos Motta como doutrinadores que endossam a posição adotada pelo Pretório Excelso. Contudo, em 2020, a mesma Corte, quando do julgamento da ADI nº 5.615, modificou o entendimento anteriormente manifestado, afirmando que o art. 39, caput, da CRFB/88, não pretende fixar, *a priori*, o regime jurídico funcional, cabendo a cada ente federativo legislar sobre o regime jurídico dos seus servidores, optando pelo estatutário ou celetista. Dessa forma, inexistindo decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, não se pode afirmar haver consenso jurisprudencial acerca da interpretação a ser dada ao referido dispositivo constitucional.

¹⁸⁶ Por todos: ANASTASIA, *op. cit.*; ROCHA, *op. cit.*; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 359.

como objeto diplomas rígidos (tal qual a Constituição de 1988), não detém o intérprete salvo-conduto para atuar de forma ilimitada, dizendo o que o constituinte não quis dizer, ou restringindo de forma desproporcional norma na qual o constituinte não impôs qualquer limitação. Ainda que o fenômeno da mutação constitucional tenha relevância e utilidade prática, a interpretação das normas constitucionais deve ser feita com responsabilidade e a partir de uma postura de autocontenção do intérprete, sob pena de atuar com verdadeiro legislador positivo¹⁸⁷.

Nesse sentido, em uma análise abstrata e isolada do art. 39, caput, da CRFB/88, infere-se que o constituinte originário, ao impor a fixação de regime jurídico único aos servidores públicos, não elegeu previamente algum dos possíveis regimes jurídicos para a disciplina da função pública, ficando a cargo das entidades políticas estabelecerem, dentro da sua autonomia, aquele que lhe for conveniente. Seria possível, portanto, a utilização do regime pautado em normas de direito público, do regime celetista ou, até mesmo, um outro regime inédito¹⁸⁸, desde que subserviente aos princípios e parâmetros constitucionais.

Em um segundo plano, é imprescindível que se dissocie regime jurídico único dos servidores públicos do vínculo jurídico estabelecido entre agente-Estado (confusão que parece ter passado despercebida pelos defensores da relação estatutária). De Plácido e Silva define regime jurídico como a

expressão que designa o conjunto de normas que incidem sobre determinado aspecto da personalidade física ou jurídica, nos diversos papéis sociais de sua atuação, compreendendo desde as normas de origem constitucional até as disposições normativas privadas que regulam determinada situação. Nesse sentido, são usadas as expressões regime jurídico do casamento, da magistratura, do empregado, etc.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Anna Cândida da Cunha Ferraz, apontando os riscos de um processo ilimitado da interpretação das normas constitucionais, afirma que “quanto mais elástico for o processo interpretativo, tanto maiores, porém, os perigos de frustração ou desvirtuamento do texto constitucional e de distorções dos princípios fundamentais que embasam o documento constitucional” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informacionais de mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 63 apud AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Interpretação e aplicação das normas constitucionais: entre deferência e ativismo, o rigoroso apego à democracia representativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 59, n. 235, p. 11-41, jul./set. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/235/ril_v59_n235_p11. Acesso em: 15 dez. 2022).

¹⁸⁸ Ivan Barbosa Rigolin, já em 1989, defendia a possibilidade de opção, por parte das entidades políticas, de um regime jurídico funcional inédito – diferente do estatutário e celetista –, nestes termos: “Algumas outras questões vêm logo à mente, a propósito deste tema regime único (...). A primeira: esse regime pode, ou deve, ser um dos já existentes ou precisa ser outro, inédito? Entendemos que pode ser um ou outro (...), ou pode ser um outro ainda inédito. Neste último caso significa dizer que está livre a Administração para, querendo, instituir regime inédito para o seu pessoal, desde que obedeça rigorosamente aos princípios e aos parâmetros constitucionais mínimos, que constituem, conforme cada caso, direitos e deveres tanto dos servidores quanto da Administração, e, por isso, não podem jamais ser omitidos nem negligenciados; caso, então, consiga a Administração conceber um regime inédito, que observe aqueles parâmetros todos (aplicáveis ao pessoal), e que seja diferente do regime estatutário e do trabalhista, nada impedirá de, por lei, instituí-lo.” (RIGOLIN, *op. cit.*, p. 120).

¹⁸⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Nagib Slaibi Filho e Priscilla Pereira Vasques Gomes (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.792.

Nesse sentido, “regime jurídico único dos servidores é, portanto, o conjunto de normas que estabelecem os direitos e deveres desses agentes públicos, pelo menos aqueles que se possam imputar de modo geral aos servidores públicos”¹⁹⁰. Há, ainda, normas específicas relacionadas a certas categorias de agentes, que, em razão da natureza das atividades exercidas, demandam regramento complementar, dando ensejo a subregimes especiais como ocorre, por exemplo, com professores, profissionais integrantes do sistema de segurança pública, médicos, etc.

Por outro lado, o vínculo jurídico existente entre agente-Estado diz respeito ao elo que interconecta os dois polos existentes nas relações da função pública (de um lado, o prestador de serviço – agente público – e do outro, o tomador de serviço – o Estado), constituindo direitos e obrigações para ambas as partes. Tradicionalmente, os vínculos de natureza unilateral (tal qual o de índole estatutária) e contratual ocuparam protagonismo no âmbito acadêmico e na experiência prática da Administração Pública, sendo utilizados pela grande maioria dos Estados. Todavia, sob uma perspectiva histórica, diversas foram as teorias desenvolvidas para explicar a natureza jurídica do vínculo funcional¹⁹¹.

Nota-se, assim, que enquanto o regime jurídico diz respeito tão somente à disciplina legal que norteia a relação funcional, o vínculo jurídico encontra-se atrelado ao instrumento de conexão inerente à relação Estado-servidor, responsável por constituir direitos e obrigações recíprocos entre as partes integrantes. Dessa forma, à luz dos conceitos e definições apresentados, mostra-se equivocado admitir a existência de um “regime jurídico estatutário”, por implicar em verdadeira simplificação do complexo mecanismo que rege a relação funcional. Mais adequado seria, para aqueles que defendem a *teoria da situação legal*, falar em regime jurídico de direito público, orientado pelo vínculo funcional estatutário.

Apesar de simples, a constatação firmada nos parágrafos anteriores é de suma importância para a organização da estrutura da função pública brasileira. Isso, porque, ao se referir a regime jurídico único, o art. 39, caput, da CRFB/88, não pretendeu se imiscuir no vínculo firmado entre agente-Estado, ficando esse espaço reservado ao aspecto criativo do

¹⁹⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Regime Jurídico Único**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/23/edicao-1/regime-juridico-unico>. Acesso em: 23 dez. 2022.

¹⁹¹ Florivaldo Dutra de Araújo, na obra *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*, em seu capítulo quarto, faz análise minuciosa acerca das teorias que historicamente foram desenvolvidas para fundamentar o vínculo jurídico existente entre Estado e agente público (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 77-100).

legislador¹⁹² que, obedecida a unicidade de regime, poderia desenvolver, atendidas as múltiplas demandas do serviço, mais de um modelo de vínculo funcional. Nesse sentido, a título argumentativo, não incorreria em vício de inconstitucionalidade a fixação de vínculos funcionais diversos dentro de um mesmo ente político, desde que sujeitos a um regime jurídico único, seja ele de direito público ou de direito privado.

Ao fim e ao cabo, seja pela ausência de fixação apriorística do regime jurídico da função pública brasileira pelo constituinte originário, seja pela impossibilidade de se tratar como equivalentes os conceitos de vínculo jurídico entre agente-Estado e regime jurídico funcional, certo é que, a despeito da posição adotada pela doutrina administrativista majoritária, não se pode sustentar a tese de que a teoria da situação legal seja a única possível para orientar a função pública brasileira. Deve, portanto, ser afastada a ideia, ainda existente no direito brasileiro, de que regime jurídico único seja sinônimo de vínculo estatutário da função pública.

3.2 A proposição do vínculo contratualizado da função pública

A essa altura, espera-se que já tenha ficado claro ao leitor que o modelo estatutário da função pública, defendido pela doutrina majoritária, é insuficiente para lidar com a complexidade que rege a relação entre agente-Estado. A uma, porque não logra êxito em dialogar com o paradigma democrático que orienta o Estado de Direito contemporâneo, em que se persegue mais aceitação que imposição, bem como desconsidera as novas práticas adotadas pela Administração Pública do século XXI, tais como a procedimentalização e a contratualização da atividade administrativa. A duas, porque não se sustenta, lógica ou juridicamente, a afirmação de que o regime jurídico único imposto pelo art. 39, caput, da CRFB/88, seja insito ao vínculo funcional estatutário.

Ocorre que a tese de superação da aplicabilidade da teoria da situação legal exige, do seu autor, a oferta de um novo modelo de vínculo para a função pública; afinal, a crítica e a proposição devem caminhar de forma conjunta, na intenção de se evitar um vazio jurídico. Desincumbindo-se desse ônus, entende-se, para os fins deste trabalho, ser o vínculo contratual da função pública o mais adequado para reger a relação existente entre agente-Estado e, para fundamentar tal assertiva, serão colecionados argumentos que demonstram a sustentação lógico-jurídica dessa proposta.

¹⁹² O regime jurídico dos servidores públicos, bem como os vínculos funcionais dele decorrentes são matérias submetidas à reserva de lei, conforme art. 61, § 1º, II, 'c', da CRFB/88, ficando à cargo do legislador ordinário, nessas condições, a instituição, a depender da necessidade do serviço, de mais de um modelo de vínculo funcional.

À primeira vista, como demonstrando ao longo do capítulo preambular deste trabalho, é incontestável o fato de que o próprio Estado e a Administração Pública foram alvo de abruptas transformações ao longo do final do século XX e início do século XXI. O direito administrativo, como produto dessas duas ordens, vem se adequando cada vez mais a esses novos ideais, na intenção de cumprir sua função instrumental. Carlos Ari Sundfeld é certo ao afirmar que, diante desse cenário, o direito administrativo é, hoje, um direito em reforma¹⁹³.

A partir da fixação do paradigma democrático do Estado de Direito, a Administração Pública se viu obrigada a refundar seu modelo de atuação – antes pautado, quase que exclusivamente, sob atos unilaterais –, passando a se tornar permeável às demandas sociais¹⁹⁴. Para tanto, foram criados canais comunicativos e institucionalizados processos dialógicos, com o intuito de fomentar a participação de todos aqueles que com ela se relacionam¹⁹⁵. A abertura desse espaço de interação na estrutura interna da Administração Pública conferiu legitimidade à atividade administrativa, na medida em que tornou o processo decisório um instituto multipolarizado, demarcado pela atuação conjunta e coordenada do decisor (a Administração) e do destinatário (os particulares)¹⁹⁶.

Atento a essas transformações, o direito administrativo se viu obrigado a dar nova roupagem aos institutos que lhe são próprios, na intenção de evitar se tornar uma “caixa de ferramentas”¹⁹⁷ obsoleta e sem aplicabilidade. Sem qualquer pretensão de esgotar a temática,

¹⁹³ SUNDVELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53.

¹⁹⁴ Segundo Odete Medauar, a permeabilidade do ato decisório tomado pela Administração em relação à participação social promoveu verdadeira aproximação entre o Estado e a sociedade civil, rompendo-se com a perspectiva adversarial até então prevalente. Nas palavras da autora: “mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no processo administrativo, realiza-se aproximação entre Administração e cidadãos. Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição do interesse público oposto a interesse privado” (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 67).

¹⁹⁵ SIMÕES, André Pinho; BARBOSA, Bianca Rocha; OLIVEIRA, Guilherme Lacerda de; SOARES, Rodrigo da Silva. Capítulo 2 – Crise da administração pública expressa no processo comunicativo: pressão das demandas por eficiência x controles. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BITENCOURT NETO, Eurico; GUIMARÃES, Dayana Alves (coord.). **Segurança Jurídica e controle da Administração**: panorama geral e comentários sobre a Lei nº 13.655/2018 (LINDB). Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 177-180.

¹⁹⁶ PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da Administração Pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 45, 2004, p. 270-272. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1296>. Acesso em: 26 jan. 2023.

¹⁹⁷ Leonardo Coelho Ribeiro, ao tratar do direito administrativo como caixa de ferramentas, enxerga esse ramo do direito sob uma ótica pragmática, colocando em primeiro plano a necessidade de se concatenar o substrato jurídico à sua finalidade. Com efeito, tendo em vista que o direito administrativo serve como instrumento para a persecução do interesse público caso a caso, é indispensável que seus institutos sejam, além de adequados, idôneos para o cumprimento desse múnus, conjugando, em uma perspectiva ótima, teoria e prática (RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 272, 2016, p. 212-213. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64303>. Acesso em: 26 jan. 2023).

em razão do processo contínuo de evolução a que se encontra submetida, a contratualização da atividade administrativa surge como forma de alinhamento do direito administrativo à consensualidade ínsita à Administração Pública contemporânea e ao perfil democrático do Estado de Direito (especialmente no tocante à legitimidade). Superado o dogma da unilateralidade, o contrato surge como instrumento de ordenação de interesses entre Administração e administrado, garantindo a prevalência de uma doutrina colaborativa por intermédio de manifestações recíprocas (para além de participar, o particular também pretende ser ouvido)¹⁹⁸. Lado a lado do fenómeno contratual no âmbito do direito administrativo, encontra-se a preponderância do procedimento administrativo (procedimentalização da atividade administrativa¹⁹⁹), que, a partir de uma visão policêntrica do ato administrativo, propicia uma diluição do poder decisório da Administração, “uma vez que as decisões são tomadas após a manifestação de diversos interessados”²⁰⁰.

A par dos argumentos postos, o contrato emerge, sob a ótica hodierna, como alternativa adequada para a vinculação entre agente-Estado no âmbito da função pública. Isso, porque é o contrato instrumento bilateral por excelência, que pressupõe um necessário acordo de vontades para que seja estabelecido o negócio jurídico²⁰¹. Em uma Administração Pública cada vez mais consensualizada e participativa, o contrato emerge como alternativa à arcaica filosofia unilateralista, por ser o ambiente adequado e propício para a ponderação de interesses, vez que é próprio da sua natureza jurídica a consensualidade e o procedimento dialógico entre as partes envolvidas.

Nesse sentido, sob a perspectiva ontológica e dogmática, a contratualização da função pública é fenómeno não só possível como imprescindível ante o quadro evolutivo do direito administrativo. As teses que defendem a unilateralidade do vínculo funcional, incapazes de dialogar com as novas tendências da Administração Pública, encontram-se vinculadas a um modelo de Estado ultrapassado, que podem e devem ser superadas pela figura do contrato.

¹⁹⁸ Sob o magistério de Maria João Estorninho, para além da perspectiva dogmática, que compreende o contrato como meio adequado de atuação à luz do Estado Democrático de Direito, a contratualização da atividade administrativa é, também, um mecanismo de fomento à eficiência. “Torna-se, de facto, mais fácil administrar com a adesão do administrado, do que contra a sua vontade. A administração aprendeu que é preferível ter o particular como participante (quase co-autor) do que como mero destinatário ou subordinado” (ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. 1990. Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 60).

¹⁹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 119-120.

²⁰⁰ NETTO, *op. cit.*, p. 78.

²⁰¹ Como afirma Enzo Roppo, “O contrato é, por regra, um acto, ou um negócio, bilateral. Isto é, para que exista um contrato é necessário, por regra, que existam pelo menos duas partes, e que cada uma delas exprima a sua vontade de sujeitar-se àquele determinado regulamento das recíprocas relações patrimoniais, que resulta do conjunto das cláusulas contratuais. É necessário, em concreto, que uma parte proponha aquele determinado regulamento, e que a outra parte o aceite (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1947, p. 73).

Outro argumento favorável à contratualização da função pública reside no fato de que, analisando materialmente a relação jurídica entre o funcionário público e o Estado, é possível verificar que, como apontado por Kammerer²⁰² ainda em 1898, nela “se descobrem todos os elementos do contrato”²⁰³. Isso, porque, como assinala o autor, na relação funcional coexistem a: i) capacidade das partes; ii) a liberdade de consentimento; e iii) a existência de obrigações recíprocas.

Por capacidade, entende-se “a possibilidade que certas pessoas têm de exercerem, por si próprias, sem representantes nem assistentes, os atos da vida civil”²⁰⁴. Sob a ótica da função pública, temos de um lado a figura do tomador do serviço, formado pela União, os Estados, Distrito Federal, os Municípios e as entidades que lhe são correlatas (pessoas jurídicas de direito público interno, conforme art. 41 do Código Civil) e, do outro lado, o agente prestador de serviço, pessoas físicas habilitadas em concurso público de provas ou de provas e títulos (de acordo com art. 37, II, da CRFB/88). Nota-se, portanto, que em ambos polos da relação existem pessoas capazes²⁰⁵, por si sós, de manifestar vontade em integrar (ou não) a situação jurídica que lhe é ínsita (o exercício da função pública), bem como contrair, em nome próprio, direitos e obrigações.

A liberdade de consentimento, como elemento essencial do contrato, exige que a vontade manifestada no bojo da relação contratual seja tomada sem a influência de fatores externos às partes contratantes. Ganha relevo, nesse aspecto, a noção de autonomia da vontade, segundo a qual “os operadores são tendencialmente livres de organizar e desenvolver as suas iniciativas (...), segundo as modalidades e nas condições que melhor correspondem aos seus interesses, afastando modalidades e condições conflitantes com os mesmos”²⁰⁶. Vale ressaltar, contudo, que sob a égide do Estado Democrático de Direito (em contraposição aos dogmas do liberalismo clássico), não há uma absolutização da liberdade contratual²⁰⁷. Por ser o contrato

²⁰² KAMMERER, Papiers Albert. **La fonction publique en Allemagne**. Paris: Arth. Rosseau, 1898, p. 90 apud CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

²⁰³ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 106.

²⁰⁴ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 255.

²⁰⁵ Mister ressaltar, quanto à manifestação de vontade emanada de pessoas jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, que a ordem jurídica brasileira adotou a chamada Teoria da Realidade Técnica, de sorte que as pessoas jurídicas são tidas como “entes reais, com atuação social reconhecida”. Nesse sentido, quem age é a pessoa jurídica, apresentada pelos seus agentes ou órgãos (Ibid., p. 277).

²⁰⁶ ROPPO, *op. cit.*, p. 142.

²⁰⁷ A liberdade contratual dos tempos modernos não é vista apenas como a não intervenção do Estado no âmbito do negócio jurídico. Fala-se, atualmente, em *liberdade positiva do contrato*, de sorte que só haverá autodeterminação plena dos indivíduos quando ambos contarem com as mesmas condições (econômicas, técnicas, científicas, sociais, etc.) para manifestarem sua vontade. A liberdade dos indivíduos apenas será alcançada quando lhes forem fornecidos os mesmos recursos (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 724).

um instrumento caracterizado por função social, “se, em virtude da disparidade de poderes, foi excluída a liberdade de decisão de uma das partes, não haverá nem liberdade como justiça contratual, pois a autodeterminação requer uma justa conformação de interesses”²⁰⁸.

Analisando a relação funcional entre agente-Estado, nota-se que em ambos os polos do vínculo jurídico há liberdade de consentimento para manifestação e vinculação de vontades. Afinal, a Administração Pública é livre para definir se irá ou não tomar os serviços, em quais condições e em que quantidade, da mesma forma que o prestador de serviços poderá aquiescer ou não aos termos e condições postas, inexistindo circunstância fática ou jurídica que confira compulsoriedade à exteriorização da sua vontade.

Uma das principais características dos contratos bilaterais é a existência do plano sinalagmático, pressupondo a dinamicidade dos polos da relação contratual, na qual “ambas as partes ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor”²⁰⁹. Nesse diapasão, tanto o contratante como o contratado possuem direitos e obrigações recíprocos, nos termos como ajustados na avença. Sob a ótica da relação da função pública, é possível vislumbrar a existência de sinalagma entre as figuras do agente público e do Estado. De um lado, o Estado ocupa a posição de credor como tomador de serviço, podendo exigir do seu agente o desempenho das funções que lhe foram atribuídas e ocupa, paralelamente, a posição de devedor ao ter que retribuir o agente pelos serviços prestados (no caso das relações funcionais, trata-se da remuneração). De igual forma, o agente público deve cumprir com as atribuições do cargo que ocupa (quando assume a posição de devedor), fazendo jus à remuneração pelos serviços prestados (assumindo, nesse caso, a posição de credor).

É possível inferir, portanto, que tal como apontado por Kammerer²¹⁰, a relação jurídica existente entre agente e Estado conserva, em sua essência, os elementos típicos do contrato. A capacidade das partes envolvidas, a liberdade de manifestação e consentimento e a existência de obrigações recíprocas são, como demonstrado acima, características próprias da relação funcional, satisfazendo os requisitos mínimos exigidos para que o vínculo existente se dê por intermédio do contrato.

Em um terceiro plano, a evolução e concretização do paradigma democrático do Estado de Direito provocou reflexos no âmbito externo da Administração Pública, alterando, por exemplo, sua filosofia comportamental (seguindo da unilateralidade para a consensualidade), mas também ensejou modificações no âmbito da sua organização interna.

²⁰⁸ Ibid., p. 724.

²⁰⁹ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 764.

²¹⁰ KAMMERER, *op. cit.*, p. 90

Sob a égide do Estado Liberal, a atividade administrativa encontrava-se balizada, tão somente, pela lei, podendo a Administração Pública fazer apenas o que admitido pelo comando legal, e pelos direitos fundamentais de primeira geração, que constituíam espaço de atuação negativa do poder público, tendo em vista a impossibilidade de ingerência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo (matérias relativas ao direito à vida, à propriedade, à liberdade e igualdade, bem como os direitos políticos encontravam-se fora do espaço de atividade do Estado).

Apesar de figurar a lei como verdadeiro agente propulsor do agir administrativo e “os direitos fundamentais representarem verdadeiros escudos de proteção dos indivíduos”²¹¹, as relações *interna corporis* da Administração Pública (dentre elas as relações de especial sujeição, na qual figuravam os agentes públicos) eram tidos como espaços imunes à incidência da ordem jurídica, impermeáveis ao império da lei. Isso se deve ao fato de que, para a concepção liberal, a personalidade jurídica do Estado era una, de sorte que apenas o Estado-pessoa – e jamais seus órgãos e agentes públicos – poderia titularizar direitos e obrigações na órbita civil. Nesse sentido, se inexistiam polos relacionais na estrutura interna do Estado, vez que inexistentes pessoas distintas, não haveria que se cogitar da incidência de normas jurídicas, mas de normas internas; “daí se falar em imunidade de tal espaço interno em relação ao Direito, ou em teoria da impermeabilidade jurídica do Estado”²¹².

Contudo, com a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana ao status de postulado axiológico do ordenamento jurídico contemporâneo (ao menos para os países de matriz ocidental), somado à tendência expansionista dos direitos fundamentais²¹³, houve uma espécie de vinculação administrativa a esses preceitos, podendo-se falar, atualmente, em um processo de “jusfundamentalização da Administração Pública ou Administração Pública de Direitos Fundamentais”²¹⁴. Com efeito, o aparato administrativo interno deixou de ser um ambiente apartado do ordenamento jurídico, passando a também se sujeitar aos influxos das normas e princípios jurídicos; afinal, seria paradoxal admitir a sujeição da Administração Pública às limitações ínsitas aos direitos fundamentais e, paralelamente, impedir que estes

²¹¹ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caos dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 27.

²¹² BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 60.

²¹³ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caos dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 61.

²¹⁴ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Emprego público de regime privado: a laboralização da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 298.

dimanam reflexos em sua organização interna²¹⁵. Nesse contexto, a personalidade una do Estado cede espaço ao reconhecimento dos diversos atores administrativos, dentre eles os agentes e órgãos públicos²¹⁶.

Como reflexo da internalização dos direitos fundamentais no âmbito da organização administrativa, as teorias que justificavam a existência das *relações de especial sujeição* como situações alheias ao ordenamento jurídico perderam sustentação, tendo em vista a impossibilidade da sua defesa à luz do paradigma democrático do Estado de Direito e da supervalorização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse novo contexto, naquilo que concerne à função pública, “a tutela jurídica deixa de ser dirigida única e exclusivamente para o interesse público e passa a consagrar também o trabalho prestado pelo profissional e subordinadamente pelos agentes”²¹⁷, os quais passam a ser reconhecidos como verdadeiros sujeitos de direitos.

Desvinculado desse arcabouço alheio ao direito, que caracterizava as *relações de especial sujeição*²¹⁸, o agente público e o trabalho por ele desenvolvido passam a contar com

²¹⁵ Nas palavras de Ana Cláudia Nascimento Gomes, “seria paradoxal que, justamente quando a constituição democrática assegura a vinculação imediata das autoridades públicas (qualquer delas) aos direitos fundamentais, no âmbito interno da AP tivessem esses direitos, liberdade e garantias uma carga eficaz reduzida ou se encontrassem em estado de inatividade. Essa situação nos remeteria para aquele ditado popular que: “em casa de ferreiro, espeto é de pau”.” (Ibid., p. 298).

²¹⁶ No que tange ao reconhecimento de órgãos públicos como expoentes da manifestação de vontade estatal, Eurico Bitencourt Neto, em obra específica sobre o tema, defende a possibilidade de órgãos públicos, na qualidade de centros de imputação administrativa, firmarem acordos com particulares (a exemplo do Ministério Público, no caso dos compromissos de ajustamento de conduta) ou com outros órgãos (fenômeno da concertação administrativa interorgânica), em nome do Estado. Evidencia-se, dessa forma, sua capacidade relacional, ainda que não ostentem a qualidade de pessoas jurídicas propriamente ditas (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 202).

²¹⁷ NETTO, *op. cit.*, p. 253.

²¹⁸ Necessário reforçar que as relações de especial sujeição continuam sendo aceitas, ainda hoje, por muitos autores. Entretanto, para adequá-la aos novos paradigmas do Estado de Direito, deixaram de ser concebidas como situações apartadas do ordenamento jurídico positivo e sujeitas, portanto, aos influxos dos direitos fundamentais. Afirmar-se, contudo, que, por serem especiais, essa espécie de relação jurídica poderá contar com graus diferentes de vinculação aos direitos fundamentais, desde que haja, para tanto, fundamento legal ou constitucional. Quanto ao ponto, esclarecedora a lição dada por Clarice Sampaio Silva, ao afirmar que, “não há, no âmbito da Administração Pública, espaços imunes às garantias do Estado de Direito, nomeadamente a vigência da Constituição, do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais. Admitir o contrário significaria diminuir sensivelmente a força vinculante das disposições constitucionais, representando mesmo a inclusão, no Estado de Direito, de ordenações que negam seus preceitos fundamentais, o que findaria por corroê-lo; (...) a noção de relação especial de sujeição, pois, não serve mais como justificativa ou instrumento para, por si só, limitar direitos fundamentais das pessoas nelas insertas. Ou seja, os servidores públicos, enfermos, militares, estudantes não têm automaticamente seus direitos diminuídos pelo simples fato de ingressarem na organização administrativa, pois tais domínios fazem parte, consoante acima destacado, do Estado de Direito; (...) as limitações aos direitos fundamentais no âmbito das tradicionais relações de sujeição carecem de base constitucional e legal, não podendo ser estabelecidas autonomamente pela autoridade administrativa”. E, à luz dessas considerações, a autora conceitua as relações de especial sujeição como “relações marcadas por vinculação diferenciada dos centros detentores de poder no tocante a alguns direitos fundamentais, com ampliação das suas competências, bem como dos deveres dos titulares dos direitos para assegurar a realização de determinados valores constitucionais institucionalmente

autonomia jurídica e, consequentemente, são merecedores da devida tutela. Apesar do vínculo estatutário da função pública lograr êxito na proteção do interesse público, o seu instrumental teórico e prático não foi desenvolvido para lidar com questões atinentes ao funcionário e a função por ele exercida, tendo em vista a limitação de iniciativa na elaboração da sua disciplina jurídica, que é privativa do Estado, na condição de agente heterônomo. O contrato surge, portanto, como instrumento vinculativo adequado para as novas demandas funcionais, por ser mecanismo apto à coordenação de diferentes interesses, tutelando adequadamente tanto o interesse público, como as reivindicações dos agentes públicos e o trabalho por ele exercido.

Ressalta-se, contudo, que, ao defender a figura do contrato como instrumento de vinculação entre agente-Estado na relação funcional, não se está advogando pela absolutização do princípio da autonomia da vontade e, ato contínuo, pela total ausência de interferência da lei. Como já referenciado por Luísa Cristina Pinto e Netto, não se deve deixar “os instrumentos unilaterais imperarem sozinhos, tampouco é necessário bani-los por completo da disciplina da função pública”²¹⁹, sendo essa conjugação de fontes imprescindível para se construir uma disciplina jurídica funcional mais próxima do ideal²²⁰.

Naquilo que concerne especificamente ao direito interno brasileiro, há outro importante argumento que deve ser utilizado para justificar a possibilidade de contratualização da função pública: a inexistência de delimitação constitucional do vínculo funcional que interconectará o agente ao Estado.

Analisando sistematicamente a Constituição de 1988, notadamente seu Capítulo VII, que trata especificamente sobre a Administração Pública, verifica-se a opção constitucional em balizar o conteúdo jurídico da função pública brasileira, deixando à legislação infraconstitucional um espaço reduzido de ingerência na matéria. Encontram-se positivados pelo constituinte os requisitos básicos e a forma de ingresso no serviço público (art. 37, I e II, da CRFB/88, respectivamente), a maneira como será determinada a remuneração dos agentes públicos e os limites a que se encontra vinculada (art. 37, X e XII, da CRFB/88), a possibilidade regrada de acumulação de cargos e funções públicas (art. 37, XVI, da CRFB/88), a necessidade

perseguidos” (SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caos dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 118-119; p. 132).

²¹⁹ Ibid., p. 253.

²²⁰ Acerca da lei como fonte normativa das relações contratuais, Enzo Roppo afirma que “o regulamento contratual resulta construído através de um concurso de fontes: na sua determinação participam a vontade das partes, as valorações do juiz e as disposições da lei. Estas últimas podem assumir a veste de normas dispositivas ou de normas imperativas.” Se dispositivas, caberá à lei regular o contrato quando este for omissivo ou, por vontade das partes, houver expressa remissão à lei. Se imperativas, as normas terão a função de adequar a avença à noção de ordem pública e bons costumes, limitando a livre disposição das partes, na intenção de impedir que a autonomia da vontade conflite com “os valores, com os objectivos, com os interesses que o próprio ordenamento pretende, em qualquer caso, garantidos” (ROPPO, *op. cit.*, p. 187-190).

de instituição do regime jurídico único (art. 39, caput, da CRFB/88), entre outras tantas disposições.

Apesar da feição analítica da Constituição de 1988²²¹, que regulou de forma minudente as questões dotadas de grande relevância social, não houve preocupação do constituinte em delimitar o vínculo funcional para a relação entre agente-Estado. Há, quanto ao ponto, verdadeiro silêncio eloquente do poder constituinte, que transferiu ao legislador a competência sobre tal matéria. É essa a conclusão lógica que se chega ao interpretar o art. 61, § 1º, II, alínea ‘c’, da CRFB/88 (de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais e Leis Orgânicas municipais), que confere ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa de leis que disponham sobre *servidores públicos, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria*.

Diante desse quadro normativo, é possível afirmar que, ausente cláusula específica impeditiva, é possível que a legislação infraconstitucional adote quaisquer dos possíveis vínculos para a relação entre agente-Estado (dentre esses, o contrato), desde que respeitadas, por óbvio, as limitações formais e materiais previstas no texto constitucional.

Mas, se possível defender a predileção constitucional por algum dos vínculos funcionais, esse vínculo é o contratual.

Isso, porque a Constituição garantiu, em seu texto, o direito de greve (art. 37, VII, da CRFB/88) e a livre sindicalização dos agentes públicos (art. 37, VI, da CRFB/88), institutos que estão estritamente vinculados à postura consensual e dialógica da Administração Pública, características ínsitas ao modelo contratual. Não há sentido conferir tais garantias aos agentes públicos e, ao mesmo tempo, afirmar que a modificação da disciplina jurídica funcional depende exclusivamente “da vontade soberana do Parlamento ou, ainda, de atos unilaterais de competência da Administração”²²². O direito de greve e a sindicalização dos agentes públicos pressupõem a existência de um canal comunicativo aberto entre o corpo funcional e a Administração Pública, bem como a efetiva influência daqueles nas decisões administrativas,

²²¹ Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes, a Constituição analítica ou prolixa “é aquela elaborada de forma extensa (formato amplo), com um cunho detalhista, na medida em que desce a pormenores, não se preocupando somente em descrever e explicitar matérias constitucionais (tipicamente constitutivas do Estado e da sociedade)” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 46).

²²² NETTO, *op. cit.*, p. 254.

circunstâncias que fogem à lógica da unilateralidade²²³ e apontam para o caminho da relação contratual, por ser espécie de mecanismo funcional de tutela da contraposição de interesses²²⁴.

Para além do mais, a Constituição de 1988, ao prever em seu art. 37, § 8º, a possibilidade de contrato entre órgãos públicos e entidades da administração direta e indireta para ampliação da sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira²²⁵, acaba por instituir uma cláusula geral de contratualização da função administrativa, o que reforça, por óbvio, a viabilidade de contratualização da função pública. Afinal, se a Constituição admite como viável a estipulação de contrato envolvendo órgãos públicos, que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, constituem entidades sem personalidade jurídica, com muito mais razão devem ser admitidas relações negociais entre pessoas: no caso, o agente público (pessoa física) e o Estado (pessoa jurídica de direito público interno).

A par de todos os argumentos colacionados, nota-se não ser apenas constitucionalmente possível, mas também constitucionalmente adequada a contratualização da função pública brasileira. O contrato exsurge como vínculo jurídico capaz de conformar a relação existente entre agente-Estado ao paradigma democrático do Estado de Direito e às tendências do “novo direito administrativo”, valores estes recepcionados, como demonstrado, pela ordem constitucional de 1988.

3.3 Regime jurídico do vínculo contratual entre agente-Estado: a interseção entre o público e o privado

Demonstrada a possibilidade jurídica de contratualização da função pública brasileira, bem como sua conformidade ao direito administrativo da contemporaneidade, resta fixar o

²²³ Quanto ao ponto, Florivaldo Dutra de Araújo defende a disfuncionalidade das teorias unilateralistas e orgânicas da função pública em dialogarem com os direitos de greve, sindicalização e negociação coletiva dos servidores públicos. Afirma o autor, inclusive, que a garantia constitucional de tais direitos marca a crise da tradicional concepção estatutária, segundo a qual os direitos e obrigações dos funcionários são estabelecidos unilateralmente pelo Estado (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 235-236).

²²⁴ Nas palavras de Luísa Cristina Pinto e Netto, corroborando com os argumentos defendidos no presente trabalho, “os direitos coletivos conferidos aos agentes públicos demonstram a necessidade de adoção do modelo contratual. Seguramente, o exercício de tais direitos visa a influir na determinação das condições de prestação de trabalho subordinado ao Estado. Não é difícil perceber que tais direitos conformam-se ao modelo contratual – visto que aí há a possibilidade de as normas serem colocadas pelo acordo das partes – ao passo que, em modelo unilateral, têm seu significado amesquinhado, já que a generalidade das normas e decisões resta à disposição do Estado, seja por meio de competências legislativas, seja administrativas (NETTO, *op. cit.*, p. 254).

²²⁵ Segundo Eurico Bitencourt Neto, trata-se de instrumento formal de concertação administrativa interorgânica, demarcando a superação do dogma da personalidade una do Estado e reconhecendo os órgãos públicos como centros de imputação dotados de capacidade jurídica parcial (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 309-310).

regime jurídico a que estará submetido o contrato que estabelecerá a relação entre agente-Estado. Isso, porque, conforme ressaltado anteriormente, o art. 39, caput, da CRFB/88, impõe, tão somente, a adoção de um *regime jurídico único*, sem fixar, *a priori*, qual seria esse regime: se de direito público, de direito privado ou, ainda, um terceiro regime, inédito²²⁶.

A dicotomia entre direito público e direito privado não é nova e já assolava o debate jurídico, no mínimo, desde o Império Romano. Foi com Ulpiano que essa distinção tomou forma escrita quando, “no Digesto, 1.1.1.2, que faz parte do Corpus Juris Civilis”²²⁷, afirmou: “o *direito público* diz respeito ao estado da República (a *pólis* ou *civitas*); e o *direito privado* refere-se à utilidade dos particulares”²²⁸. Na intenção de estabelecer critérios para diferenciar esses dois campos do direito foram desenvolvidas inúmeras teorias, merecendo destaque, pela representatividade no campo jurídico, a teoria dos interesses, a teoria do sujeito da relação e a teoria da coordenação/subordinação²²⁹.

A teoria dos interesses (teoria da utilidade ou do interesse protegido) tem origem justamente com Ulpiano, no Direito Romano, e correlaciona o direito público aos interesses públicos e, conseqüentemente, o direito privado à tutela dos interesses privados. Não obstante, esse critério é, para grande parte da doutrina, insuficiente, tendo em vista que “ele não resolve o problema, apenas o transfere”²³⁰. Se antes a dificuldade estava em dissociar o direito público do direito privado, com a adoção da teoria dos interesses passa o intérprete a ter que compreender e, ato contínuo, afastar as ideias de interesse público e interesse privado, designações amplas e de difícil precisão²³¹.

Por outro lado, a teoria do sujeito da relação jurídica “é assim chamada por distinguir o direito público do direito privado conforme as partes presentes nas relações jurídicas”²³². Nesse sentido, o direito público englobará relações em que uma das partes envolvidas seria órgão, instituição ou entidade vinculada ao próprio Estado e, em contrapartida, o direito privado regulará relações formadas exclusivamente pelos particulares. Ocorre que subsistem inúmeras

²²⁶ RIGOLIN, *op. cit.*, p. 120.

²²⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito público**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 4.

²²⁸ *Ibid.*, p. 4

²²⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 143.

²³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 140.

²³¹ Segundo Carlos Ari Sundfeld, a doutrina tem dificuldade em precisar os conceitos de interesse público e interesse privado, passando, cada pensador, a defini-los com base em sua própria visão, esquecendo de correlacioná-la com o direito positivo: “um dirá que interesse público é o que afeta toda a sociedade e não o indivíduo isoladamente, outro que o interesse público afeta preponderantemente a sociedade, embora possa interessar indiretamente o indivíduo” (*Ibid.*, p. 140).

²³² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 144.

situações em que o Estado se encontra submetido a regime jurídico idêntico ao dos particulares, despidendo-se da sua condição diferenciadora, como no caso de celebração do contrato de compra e venda, regido pelo direito civil, em que uma das partes seja o poder público. A teoria do sujeito da relação jurídica é também insuficiente por partir da premissa de que o Estado apenas se relaciona sob os ditames do regime de direito público, o que, como visto, é equivocado.

Na intenção de superar as críticas formuladas à teoria do sujeito da relação jurídica, foi desenvolvida a teoria da coordenação/subordinação, para a qual incide o direito público quando os sujeitos da relação jurídica apresentarem-se em posições desniveladas, “havendo uma pessoa dominante e a outra dominada, detendo aquele o *jus imperii*, manifestação da potestade pública”²³³ (subordinação). Lado outro, nas relações de direito privado as partes comparecem em posições equânimes, mediante vínculo de coordenação.

A teoria da coordenação/subordinação também incorre em fragilidades e tem sua construção pautada em duas premissas equivocadas. A primeira reside no fato de que, no bojo das relações regidas pelo direito privado, também subsistem espaços de desnivelamento entre as partes, como verificado no exercício do poder familiar (art. 1.630 do Código Civil) ou nas relações consumeristas, em que um dos polos (*in casu*, o fornecedor) goza de superioridade técnica, jurídica²³⁴, fática e informacional. A segunda encontra-se atrelada à ideia de que o Estado sempre atua em posição de superioridade para com os particulares, afirmativa que seria juridicamente viável caso ainda estivéssemos sob a égide do liberalismo clássico. À luz da dogmática contemporânea do Estado de Direito inexistente qualquer supremacia *a priori* do interesse público em detrimento do particular, sendo necessário, na análise de cada caso concreto, o exercício da ponderação proporcional para se perquirir o interesse prevalente²³⁵.

²³³ Ibid., p. 144.

²³⁴ A noção de superioridade jurídica do fornecedor, no bojo das relações consumeristas, encontra-se intimamente atrelada à noção de vulnerabilidade jurídica do consumidor. Segundo Bruno Miragem, “A *vulnerabilidade jurídica* compreende a falta de conhecimento, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, ou seja, das condições e efeitos jurídicos da incidência da legislação e do próprio conteúdo do contrato de consumo que venha a celebrar. A doutrina considera, em paralelo, uma vulnerabilidade *científica*, para abranger também a ausência de conhecimentos em economia ou contabilidade pelo consumidor, e sua consequente incapacidade de compreensão da consequência da contratação sobre seu patrimônio. Já se observou que a vulnerabilidade jurídica é presumida com relação ao consumidor não especialista, pessoa natural, não profissional, a que não se pode exigir a posse específica desses conhecimentos. Todavia, em relação ao *consumidor pessoa jurídica*, ou o *consumidor profissional*, é razoável exigir o conhecimento da legislação e das consequências econômicas dos seus atos, daí por que a presunção neste caso, ainda que relativa (*iuris tantum*) é de que deva ter tais informações ou buscar obtê-las” (MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (org.). **Direito do consumidor**: 30 anos do CDC. 1. ed. São Paulo: Forense, 2020, p. 226-227).

²³⁵ Gustavo Binenbojm afirma que “a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais revela-se absolutamente incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional, necessariamente contextualizada, que demanda uma avaliação da

Nota-se, a partir dos critérios de diferenciação estabelecidos para a dicotomia entre direito público e direito privado, que inexistem, até os dias atuais, argumentos convincentes que consigam apartar, de forma sistemática e organizada, ambos os conceitos. Essa ausência de nitidez entre esses “ramos do direito” fez com que juristas desconfiassem da existência de uma real segregação, dando eco ao que hoje se intitula *crise da dicotomia entre direito público e direito privado*²³⁶.

Aqueles que atestam a existência desse cenário de crise afirmam que, com a derrocada do liberalismo clássico, em que havia uma segregação estática entre o público e o privado, e a emergência do Estado Social (e, posteriormente, do Estado de Direito de perfil democrático e social) houve uma paulatina interseção do Estado no domínio econômico e social e, por outro lado, o movimento oposto: a influência de regras típicas do direito privado no domínio do direito público²³⁷. Diante dessa mútua convergência, não haveria mais espaço argumentativo para a defesa da *summa divisio*, tendo em vista que, no mundo contemporâneo, não há mais cisão absoluta entre o público e o privado e, evidentemente, entre os regimes jurídicos que lhe são correlatos²³⁸.

Ocorre que a crítica formulada por aqueles que defendem a relativização da dicotomia entre direito público e direito privado é fundada em uma perspectiva descritiva, analisando o fenômeno jurídico a partir da realidade posta, tal qual se faz nas ciências naturais. Olvidam-se, contudo, que o Direito e o sistema normativo são estruturados sob a ótica das ciências sociais aplicadas, “que tem por fim, do ponto de vista prescritivo, regular comportamentos para produzir efeitos propositadamente desejados”²³⁹.

correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 30).

²³⁶ MARINS, Vinícius. Transformações no direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 47, 2005, p. 313. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/24>. Acesso em: 13 fev. 2023.

²³⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 12. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023, p. 105.

²³⁸ Felipe Peixoto Braga Netto defende que “é difícil, atualmente, em termos de direito público e privado, achar algo que não esteja numa zona cinza. As influências recíprocas são muito fortes. Tudo, sob certo aspecto, interpenetra-se. O direito privado, publiciza-se. (...) No plano empírico não há, frequentemente, espaços estanques. Se, nos grandes códigos, a separação era um objetivo a ser buscado, existindo monumentos do saber privado (códigos civis) e monumentos do publicismo (constituições), hoje prepondera a preocupação prática. Legisla-se, no mundo contemporâneo, sem maiores indagações se a norma é de direito público ou de direito privado. Simplesmente legisla-se, buscando atingir, com eficiência, as finalidades normativas. Há, por certo, referências temáticas (consumidor, meio-ambiente), mas são referências a aspectos da vida social, não a ramos do direito (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 25).

²³⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito público**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 12.

Nesse sentido, é equivocado afirmar que a realidade fática e a realidade jurídica devam, necessariamente, apresentar movimentos convergentes; afinal, a função da norma é, justamente, conformar o mundo dos fatos aos interesses e preceitos previstos no ordenamento jurídico. A título de exemplo, a Constituição de 1988, em seu art. 227, § 6º, equiparou à filiação adotiva à filiação sanguínea, vedando qualquer discriminação decorrente da forma de constituição dos laços parentais. Isso não quer dizer, contudo, que no plano fático haja total identidade entre ambos, posto que, sob o critério biológico, subsiste diferenciação. Dessa forma, na intenção de proteger os valores constitucionais, a norma aparta-se da realidade fática, equiparando a filiação adotiva à filiação sanguínea, com o intuito de evitar a exclusão social e familiar daqueles.

Defende-se, portanto, neste trabalho, que, apesar de a distinção entre a esfera pública e a privada constituir, atualmente, um espaço cinzento, confuso e sem nitidez (mundo dos fatos), ainda se mostra útil para o mundo jurídico, “como instrumento sistematizador do universo normativo para efeitos de decidibilidade”²⁴⁰. A dicotomia entre direito público e direito privado garante ao jurista a “operacionalidade pragmática”²⁴¹, permitindo que o operador do direito saiba em qual fonte recorrer e qual o instituto adequado para solucionar os conflitos que lhe são submetidos²⁴².

Tendo em vista o insucesso das inúmeras teorias desenvolvidas para distinguir o direito público do direito privado, já ressaltadas preambularmente, entende-se que a adoção de uma *visão formalista*²⁴³ seja a maneira mais adequada e útil de sistematizar essa dicotomia. Em sendo assim, para que se defina o que são bens públicos ou privados, relações de direito público ou privado, pessoas de direito público ou privado, interesse público ou privado e obrigação de direito público ou privado deve o operador do direito voltar seus olhos “para as normas jurídicas e para o modo como elas regulam as situações de que cuidam (isto é: para o *regime jurídico* por elas criado)”²⁴⁴.

Feitas essas considerações, cumpre ao presente trabalho a missão de definir qual o regime jurídico disciplinará a relação contratual firmada entre agente e Estado: se de direito

²⁴⁰ FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 105.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 105.

²⁴² Não se está a defender, nessa oportunidade, uma cisão absoluta entre direito público e direito privado, como pretendiam os doutrinadores de outrora. O intercâmbio entre esses “ramos do direito” é desejável e amplia a função e operacionalidade do mundo jurídico. O que se afirma, portanto, é que a dificuldade em se distinguir a esfera pública da esfera privada na realidade fática não impede que a *summa divisio* tenha utilidade prática e operacional no âmbito jurídico, devendo ser preservada.

²⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 142.

público (o regime administrativo) ou de direito privado (o regime laboral comum, previsto na CLT).

Sob o ponto de vista normativo, verifica-se que a Constituição de 1988 conferiu especial proteção ao trabalho – tratando, nesse momento, de forma equânime o labor comum e o labor estatal –, elevando-o ao status de fundamento da república (art. 1º, IV, da CRFB/88) e reconhecendo-o como direito social fundamental (art. 6º da CRFB/88). Para a dogmática constitucional brasileira, o trabalho é fator “imprescindível à promoção da dignidade da pessoa humana, uma vez que pode ser visto como um ponto de partida para o acesso ao mínimo existencial e condição de possibilidade para o exercício da autonomia”²⁴⁵.

De forma mais específica, a ordem constitucional brasileira preocupou-se em tutelar tanto o trabalhador comum como o trabalhador estatal, e o fez em circunstâncias topográficas distintas: no transcorrer do seu Capítulo II, especialmente no teor do seu art. 7º, estruturou a disciplina jurídica básica das relações de emprego, ao passo que junto ao Capítulo VII, com enfoque nos artigos 37 e 39, deu contornos básicos à relação funcional com o Estado.

Evidentemente, a posição topográfica, por si só, não induz necessariamente à existência de regimes diversos entre a relação de emprego e a relação funcional. Entretanto, uma análise objetiva acerca dos direitos e deveres constitucionalmente consagrados para cada uma dessas relações é fator que permite afirmar, juridicamente, a intenção do constituinte em seccionar essas duas relações e constituir verdadeiros regimes jurídicos diversos.

A título de exemplo, a Constituição de 1988 garantiu aos que ostentem relações de emprego o seguro desemprego, em caso de desemprego involuntário (art. 7º, II, da CRFB/88), o fundo de garantia por tempo de serviço – FGTS (art. 7º, III, da CRFB/88), a participação nos lucros e nos resultados, parcela remuneratória de impossível instituição no âmbito das relações funcionais, em razão dos objetivos perseguidos pelo Estado (art. 7º, XI, da CRFB/88), o aviso prévio remunerado e proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI, da CRFB/88), a expressa proteção do empregado em face da automação (art. 7º, XXVII, da CRFB/88), a prescrição especial para reaver créditos trabalhistas (art. 7º, XXIX), entre tantos outros possíveis exemplos de direitos e deveres impostas aos empregados e inexistentes nas relações funcionais. Lado outro, a Constituição de 1988 previu para os agentes públicos a investidura nos cargos mediante prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CRFB/88), a exigência de adequação da remuneração ou subsídio ao teto remuneratório (art. 37, XI, da CRFB/88), a limitação para acumulação de cargos públicos (art. 37, XVI, da CRFB/88), a previsão de regime próprio e

²⁴⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021, p. 302.

especial de previdência social (art. 40 da CRFB/88) e a estabilidade funcional, vedando demissões imotivadas do agente público (art. 41, caput e § 1º, da CRFB/88), circunstâncias inexistentes nas relações empregatícias.

Há, portanto, sob a ótica do ordenamento positivo uma notável diferença entre as regras que compõem as relações de emprego e as relações funcionais de trabalho com o Estado. É exatamente em razão dessa previsão normativa complexa e apartada que se pode afirmar que subsiste, para os trabalhadores comuns a aplicação do regime de direito privado (estabelecido pela CLT) e para os agentes públicos o regime de direito público (submetido às regras do direito administrativo).

É preciso ressaltar, contudo, que a defesa de regimes jurídicos diversos para as relações de trabalho comum e as relações de trabalho com o Estado não impede o intercâmbio de institutos e os processos contínuos de influências recíprocas. Como apontado por Eberhard Schmidt-Assman, diferentes formas jurídicas auxiliam os destinatários da norma, o intérprete e o operador do Direito a compreender melhor a diversidade “de los procesos de la vida”²⁴⁶, viabilizando uma operacionalidade ótima dos seus instrumentos, sem esquecer que “los acoplamientos quedan abiertos ante la existencia de modelos normativos diferentes”²⁴⁷. Nas palavras do administrativista alemão:

El Derecho público y el privado tienen, por tanto, que separarse, en tanto establecen modelos normativos diferentes para situaciones diversas, en las que los ciudadanos se relacionan con otros sujetos jurídicos privados o también con el Estado organizado. Ambos regímenes jurídicos se consideran como arsenal de mecanismos de protección y acción. Los dos regímenes no dejan de tener relaciones. Más bien están entrelazados entre ellos. A veces se ha intentado reunirlos en un *Derecho común*. En contra se plantea sobre todo la reflexión de que formas jurídicas diferentes pueden comprender mejor la diversidad de los procesos de la vida que los modelos unitarios. Los acoplamientos quedan abiertos ante la existencia de modelos normativos diferentes. Lo cierto es que las distinciones se han establecido con la misma claridad que las relaciones y solapamientos. La acción de la Administración utilizando el Derecho privado y una orientación hacia los actores privados de las normas válidas en la acción administrativa aparecen no como expresión de un intento de irrupción abusiva o de huida de una vez para siempre de un régimen jurídico establecido, sino más bien como medio fructífero de ofrecer un marco jurídico a los cambios continuos de la distribución de las funciones asignadas socio-estatales y de las posibilidades de cooperación que junto a ello surgen.²⁴⁸

Sob a perspectiva luhmaniana, ao se vislumbrar o regime jurídico da relação de trabalho comum e das relações de trabalho com o Estado como sistemas normativos diversos, compreende-se que a ordem jurídica entendeu ser pertinente estruturá-los positivamente de

²⁴⁶ SCHMIDT-ASSMAN, *op. cit.*, p. 298.

²⁴⁷ SCHMIDT-ASSMAN, *op. cit.*, p. 298.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 298

formas diferentes. Não obstante, longe de defender um isolamento sistêmico em um ambiente tão complexo como o normativo – sobretudo em *terrae brasilis* –, advoga-se ser possível e, até mesmo, desejável que esses diferentes regimes jurídicos se interpenetrem²⁴⁹ e dialoguem entre si (através do processo de acoplamento estrutural²⁵⁰), como forma de se auxiliarem mutuamente.

Não se desconhece, contudo, que grandes administrativistas brasileiros defendem ser perfeitamente possível a aplicação do regime laboral comum (estabelecido pela CLT) à função pública brasileira.

Roberto Sorbilli Filho, analisando o contexto geral das relações de trabalho com o Estado, afirma que todos os servidores públicos (conceito ao qual atribui extensão ampla, abrangendo os ocupantes de cargo efetivo ou em comissão, os empregados públicos e os servidores temporários) “estabelecem vínculos de igual natureza com o Estado”²⁵¹. Segundo o autor, o só fato de se aplicar a Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) às relações de emprego público ou serem intitulados de empregados públicos em nada difere a natureza da sua vinculação ao Estado se comparado com os servidores públicos regidos pelo regime de direito público. Sob uma ótica factual, adverte Sorbilli que:

Estatutários e celetistas são cidadãos que laboram para o Estado, cuidam da execução de funções de interesse direta ou indiretamente público, em nome de organismos criados e mantidos com recursos de toda a sociedade, sendo esta, com efeito, a realidade em que hodiernamente se inserem.²⁵²

Nesse sentido, estando os servidores e empregados públicos vinculados ao Estado por um laço de mesma natureza jurídica, inexistiria razão para que o vínculo contratual dessas duas relações de trabalho público obedecesse a regimes jurídicos diversos. Assim, afirma o autor que os ocupantes de cargos e empregos públicos celebram com o Estado contrato de trabalho

²⁴⁹ LUHMAN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior, Marco Antônio os Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016, p. 241.

²⁵⁰ Sob a ótica da teoria dos sistemas, ao se falar em acoplamento estrutural entende-se que “um sistema utiliza os elementos do outro para operar os seus próprios processos comunicativos”. Dessa forma, “quando há um acoplamento estrutural, o processo comunicativo de um sistema aparece no outro não apenas como perturbação, mas também como uma ferramenta auxiliar de funcionamento das operações” (NEVES, Romulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154/pt-br.php>. Acesso em: 23 fev. 2023.

²⁵¹ SORBILLI FILHO, Roberto. **A relação jurídica de trabalho com o Estado**: natureza e princípios fundamentais. 2005. 286 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2005, p. 133.

²⁵² Ibid., p. 134.

especial²⁵³, em que os valores e princípios do regime jurídico-administrativo temperariam a aplicação do Direito Individual do Trabalho aplicável aos particulares. E acrescenta, alertando que o influxo do regime jurídico-administrativo sobre o contrato de trabalho com Estado estaria diretamente relacionado com os objetivos institucionais da entidade a que estivesse vinculado. Nas palavras de Roberto Sorbilli Filho:

(...) tendo em vista a forma de criação e os objetivos institucionais da entidade para a qual o servidor labora, poderá haver maior interpenetração entre os postulados do regime jurídico-administrativo e os valores/princípios do regime jurídico de trabalho aplicável aos particulares. É o caso das estatais exploradas de atividade econômica, cujas normas de regência da relação de trabalho poderão apresentar nuances, fazendo aproximar o tratamento dos seus servidores daquele conferido aos empregados privados.²⁵⁴

Florivaldo Dutra de Araújo, após contestar os principais argumentos utilizados pela doutrina administrativista para refutar a aplicação do contrato de trabalho à função pública brasileira²⁵⁵, afirma que caberá ao poder público, fundado em razões de conveniência e oportunidade, optar pelo regime jurídico que entender adequado para regular os direitos e deveres dos seus servidores, seja ele de direito público (regime jurídico-administrativo) ou de direito privado (CLT). Isso, porque, segundo o autor, inexistente uma incompatibilidade *a priori* de utilização do contrato de trabalho como vínculo agregador da relação agente-Estado, principalmente porque “o direito do trabalho adotado pela administração pública é sempre limitado e condicionado por regras e princípios constitucionais incidentes sobre a atividade e a organização do poder público”²⁵⁶.

Apesar da relevância dos argumentos apresentados pelos autores adrede mencionados, entende-se que ainda que se afirme inexistir diferenças ontológicas entre as relações de trabalho comum e as relações de trabalho com o Estado²⁵⁷, subsistem distinções de ordem normativa

²⁵³ Ibid., p. 242.

²⁵⁴ Ibid., p. 175-176.

²⁵⁵ Para aprofundamento, sugere-se consultar ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 155-166.

²⁵⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 166.

²⁵⁷ A título de exemplo, cita-se, como defensores dessa ideia, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, para o qual não existe “inconciliabilidade na organização unitárias das relações de trabalho para o Estado ou na absorção de regime trabalhista a servidores públicos, porque os princípios que governam a estrutura estatal, de bem-estar social, segurança social, ordem, progresso, justiça nas relações de distribuição de bens, tais garantias todas de fundo social, redundam em princípios que se encontram, da mesma forma, nas bases da legislação trabalhista, como um dos fins do Estado moderno” (VILHENA, *op. cit.*, p. 148). E Roberto Sobilli Filho, que afirma que “onde haja trabalho por conta alheia originam-se relações jurídicas sob formas as mais variadas, não apenas em função das pessoas que a integram, mas também por conta do objeto avençado. As particularidades percebidas no regime jurídico que se dirige aos servidores públicos não podem ter o condão de afastar (...) a ideia de que a prestação do serviço humano, a quem quer que seja, realiza-se em um Estado de Direito (*Rechtsstaat*), dentro de um princípio

que dificultam a operacionalidade desses dois sistemas quando tratados sob um mesmo regime jurídico. Se a aplicação do contrato de trabalho na função pública exige, como ressaltou Sorbilli, influxos do regime jurídico-administrativo (que, nos vínculos envolvendo cargos e funções públicas ocorrerá em maior medida²⁵⁸), revela-se mais adequado, sob o ponto de vista pragmático²⁵⁹, tratar a relação entre agente-Estado a partir do próprio regime de direito público. E, conforme ressaltado em linhas anteriores, essa divisão de regimes jurídicos entre o labor comum e o labor estatal que ora se propõe não é estanque e admite o intercâmbio entre o direito do trabalho e o direito administrativo da função pública, mediante influências recíprocas.

Por esses fundamentos, justifica-se a adoção do regime jurídico administrativo (de direito público) para disciplinar o vínculo jurídico contratual entre agente-Estado.

de liberdade” (SORBILLI FILHO, Roberto. A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado. In: FORTINI, Cristiana (coord.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 358-359).

²⁵⁸ SORBILLI, *op. cit.*, p. 275.

²⁵⁹ A respeito da aplicação do pragmatismo e do contextualismo no direito administrativo brasileiro, conferir: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129-163, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>. Acesso em: 21 abr. 2023.

4 A RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL ENTRE AGENTE-ESTADO

O modelo de servidor público visto hoje é fruto de processo evolutivo que “remonta a séculos anteriores, tendo suas raízes em algumas instituições do feudalismo, depois adaptadas à realidade do absolutismo e do Estado Moderno”²⁶⁰. Contudo, foi a partir da consolidação do Estado de Direito que o debate doutrinário acerca das relações envolvendo a função pública ganhou destaque e relevância, pelo fato de que se mostrava necessário justificar juridicamente o vínculo existente entre os agentes públicos e o próprio Estado, na intenção de fixar limites objetivos à atuação daqueles.

Diversas foram as teorias criadas para explicar a natureza do vínculo existente entre agente-Estado, merecendo destaque, em razão da influência exercida, a “teoria contratual em suas múltiplas modalidades, de direito público e de direito privado; a teoria do ato unilateral; e a teoria do estatuto”²⁶¹.

Ainda que grande parte da doutrina administrativista brasileira, seguida por remansosa jurisprudência, advogue ser a teoria estatutária a mais adequada para disciplinar o vínculo jurídico existente entre agente-Estado (remete-se o leitor, para maiores esclarecimentos, ao subitem 2.1 do segundo capítulo deste trabalho), entende-se ser o contrato, sob o regime de direito público, o modelo de vínculo ideal para a disciplina das relações funcionais à luz do paradigma social e democrático do Estado de Direito²⁶².

Tal proposição se justifica, como já adiantado no terceiro capítulo deste trabalho, pelo fato de que a Administração Pública contemporânea passou a adotar feição cada vez mais dialógica e participativa, preferindo mais aceitação que imposição. Nessa ótica, posturas exclusivamente unilaterais sucumbiram diante de institutos de matriz consensual, que passaram a nortear a filosofia comportamental dessa “nova” Administração Pública. O contrato emerge, portanto, como alternativa à teoria estatutária e do ato unilateral, por se tratar de instrumento

²⁶⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 45.

²⁶¹ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 106.

²⁶² Necessário recordar que, apesar da predileção doutrinária e jurisprudencial pela adoção do vínculo estatutário da função pública, o modelo contratual já encontrou respaldo constitucional e legal no Brasil. Como ressalta Ivan Barbosa Rigolin, o art. 106 da Constituição brasileira de 1969 admitia a contratação de pessoal para o exercício de funções de natureza técnica e especializada mediante contrato bilateral, por prazo certo e determinado, bastando, para tanto, a edição da lei competente pelos entes federados. Quanto a esses contratos, afirmava o autor: “Trata-se, dessa forma, de contratação de pessoal que nada têm com a CLT, nem com o regime estatutário propriamente (...). Estamos diante, é fácil perceber, de autênticos contratos administrativos de pessoal, regidos por leis administrativas locais, e submetidos, portanto, ao disciplinamento e aos princípios próprios do direito público, intangíveis quer pela lei trabalhista, que pela lei civil, quer pela lei previdenciária nacional comum” (RIGOLIN, *op. cit.*, p. 90).

bilateral por excelência, que tem como uma de suas principais funções a composição de vontades contrapostas na intenção de ordenar interesses diversos.

Fixada a premissa de ser o contrato o modelo de vínculo entre agente-Estado mais adequado à realidade administrativa recente e ao atual paradigma do Estado de Direito, caberá ao presente capítulo tecer considerações acerca dos fundamentos dogmáticos que balizam a teoria contratual, bem como dos meios formais indispensáveis para sua internalização junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 A teoria do contrato de direito público

De início, é preciso considerar que as teorias contratuais sempre tiveram espaço no debate acerca das relações funcionais. Isso se deve ao fato de que, como afirmado por Themístocles Brandão Cavalcanti²⁶³, o vínculo contratual é o que mais facilmente explica o laço jurídico criado entre agente-Estado. Afinal, a admissão dos agentes públicos para o exercício das suas funções é ato bilateral, que exige o acordo de vontades convergentes entre o tomador do serviço – no caso, o Estado – e o prestador dos serviços – os agentes públicos. De fato, as teorias unilateralistas, por rechaçarem a existência do componente consensual, têm severas dificuldades em explicar a forma como se dá a gênese da relação jurídica existente entre agente-Estado.

Ante a complexidade da sua construção dogmática, as teorias contratuais foram subdivididas em quatro, sendo elas: i) a teoria do contrato de direito privado; ii) a teoria do contrato inominado; iii) a teoria do contrato de adesão; e iv) a teoria do contrato de direito público.

Os adeptos à teoria do contrato de direito privado sustentam “que o vínculo jurídico existente entre servidor e Estado insere-se em relação contratual, nos moldes do direito civil”²⁶⁴. Justificam o uso dessa teoria afirmando que na relação funcional estão presentes todos os clássicos elementos dos contratos de direito privado: o livre consentimento, a capacidade de contratar e o objeto lícito.

Não obstante, olvidam-se de que os elementos citados não são critérios definidores do contrato de direito privado, mas correspondem à estrutura base de toda e qualquer relação contratual, estando presentes, inclusive, nos contratos administrativos. Nesse sentido, o só fato

²⁶³ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 107.

²⁶⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79.

de as relações funcionais apresentarem o livre consentimento, a capacidade de contratar e o objeto lícito não permite concluir que o vínculo existente entre agente-Estado seja um contrato de direito privado. Para além do mais, conforme já ressaltado no capítulo anterior, a teoria do contrato de direito privado não encontra respaldo na ordem jurídica brasileira, tendo em conta que a Constituição de 1988 positivou regimes jurídicos diversos para o labor comum e o labor estatal, não sendo possível defender a unicidade de vínculos jurídicos em razão das diferenciações de ordem normativa.

Houve também quem defendesse a teoria do contrato inominado (“ou *contrato especial de serviço público*, segundo Schmitthenner, ou *contrato sui generis*, como se expressou em 1883 em relatório do Ministério do Interior francês”²⁶⁵), segundo a qual o vínculo existente nas relações funcionais seria de direito privado, mas o modelo contratual ali firmado não encontraria correspondente dentre os previstos em lei, sendo, portanto, uma espécie de contrato especial.

Entretanto, como afirmou Nézard, a teoria do contrato inominado trata-se de “um expediente que permite não defini-lo de modo algum”²⁶⁶. Kammerer²⁶⁷ segue a mesma linha argumentativa, afirmando que o vocábulo *inominado* é sempre utilizado quando se quer intitular algo que não tenha afeição com algum instituto jurídico conhecido. Nesse sentido, a teoria do contrato inominado encontrou críticas justamente pelo fato de não conseguir precisar a disciplina básica que nortearia a relação funcional, colocando-a em um verdadeiro vazio jurídico.

Segundo a teoria do contrato de adesão, ao Poder Público incumbiria o encargo de estruturar todas as cláusulas do contrato relativo ao exercício da função pública (regido, a princípio, pelo regime de direito privado), estabelecendo de forma unilateral as suas disposições, cabendo ao particular que desejasse ceder seu tempo e serviço ao Estado a mera função de aceitar as disposições ofertadas²⁶⁸. A teoria do contrato de adesão logrou êxito em fundamentar a consensualidade do ato de ingresso do particular no exercício da função pública

²⁶⁵ Ibid., p. 86.

²⁶⁶ NÉZARD, Henry. **Théorie juridique de la fonction publique**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901, p. 216 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 86.

²⁶⁷ KAMMERER, *op. cit.*, p. 73 apud CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 111.

²⁶⁸ Diante de tais características, Hauriou afirmou que, à luz da teoria do contrato de adesão, haveria um “estado permanente de oferta”, vez que toda a disciplina jurídica básica da relação funcional seria estabelecida pelo próprio Estado, cabendo ao particular o encargo de aderir ou não às condições postas (HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit administratif e de droit public**. 11. ed. Paris: Recueil Sirey, 1927, p. 145 apud CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 112).

(nomeação), ao mesmo tempo que reserva à potestade estatal o domínio sobre a disciplina jurídica da relação funcional.

O contrato de adesão pode ser definido como aquele “cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contraentes que o apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer das suas cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita ou a rejeita”²⁶⁹. O conceito apresentado evidencia os três atributos do contrato de adesão: predisposição das cláusulas, unilateralidade²⁷⁰ e rigidez²⁷¹.

Apesar dos méritos da teoria do contrato de adesão em conseguir justificar a consensualidade do ato de nomeação do agente público, verifica-se que ela incorre em muitos dos vícios da teoria da situação legal, em especial no fato de o funcionário público não gozar de nenhuma ingerência na construção da disciplina jurídica que norteará a relação funcional. Conforme já adiantado nos capítulos segundo e terceiro deste trabalho, o Estado de Direito de perfil democrático e social e a Administração Pública contemporânea não só fomentam a consensualidade, como exigem uma postura ativa dialógica entre o Estado e os particulares, de modo que não basta ao agente público a possibilidade de aderir às cláusulas previamente estipuladas, mas exige-se a capacidade de influir na sua construção, fator que demonstra a insuficiência da adoção dessa teoria.

Tem-se, ao fim, a teoria do contrato de direito público, que, em análise histórica, seria, em verdade, uma “atualização” da teoria do contrato inominado. Como exposto alhures, o fato que justificava, para essa última teoria, a natureza *sui generis* da relação funcional era a inexistência de correspondência entre os institutos daquele contrato e aqueles existentes no direito privado. Ocorre que, tempos depois, verificou-se que a exorbitância típica da teoria do contrato inominado identificava-se com características próprias das avenças de direito público, dando azo ao desenvolvimento da teoria do contrato de direito público²⁷².

Para os defensores dessa teoria, o vínculo entre agente-Estado seria contratual, norteadado pelo regime jurídico de direito público e não de direito privado, como defendido pelas demais. “Para eles o contrato de direito público possui características comuns às dos acordos de direito

²⁶⁹ PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 17.

²⁷⁰ A unilateralidade, como atributo dos contratos de adesão, diz respeito à “iniciativa unilateral da elaboração do contrato por uma das partes ou pelos seus representantes” (MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. **O desequilíbrio do contrato por adesão no Código Civil brasileiro**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 118-119). Nesse sentido, o contrato de adesão ainda exige o acordo de vontades (bilateralidade) para sua perfectibilização junto ao mundo jurídico, ficando a unilateralidade restrita à predisposição das suas cláusulas por um dos contraentes.

²⁷¹ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 770.

²⁷² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 87.

privado: manifestação livre de vontade, capacidade das partes e objetivo lícito”²⁷³, tendo como elemento diferenciador o fato de que tutelam interesses públicos – ao passo que os contratos de direito privado tutelariam interesses meramente individuais²⁷⁴.

Apesar de defenderem uma vinculação contratual entre agente-Estado, a grande maioria dos teóricos do contrato de direito público não admitiam a consensualidade quanto à disciplina jurídica da relação funcional, ou seja: o acordo de vontades encontrava-se restrito à fase de constituição do vínculo, não ao seu conteúdo. A adoção dessa posição era justificada pelo argumento de que o modo de prestação dos serviços envolvia interesses diversos dos individuais, cabendo ao Estado, por interposição legislativa, fixá-los²⁷⁵.

Não obstante, há que se ressaltar que a posição adotada pelos defensores da teoria do contrato de direito público parte de uma visão liberal da noção de contrato, ainda muito apegada aos dogmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual²⁷⁶ – proposições que não se sustentam à luz de uma leitura contemporânea das relações contratuais. Conforme já sinalizado no subitem 3.2 deste trabalho, as relações contratuais hodiernas não estão sujeitas, apenas, à vontade das partes, sendo as leis, as decisões judiciais e os princípios fontes heterônomas do regulamento contratual²⁷⁷. Não só no Direito Administrativo, como também no Direito Civil e no Direito do Trabalho, subsistem contratos, total ou parcialmente, regulados em lei, bem como se mostra possível que atos normativos supervenientes alterem o regramento contratual – inclusive para as avenças que estejam em curso²⁷⁸. Resta evidente, portanto, que os fundamentos apresentados pelos defensores da teoria do contrato de direito público para negar

²⁷³ Ibid., p. 88.

²⁷⁴ Quanto à insuficiência do critério do interesse para a distinção da dicotomia existente entre direito público e direito privado, remete-se o leitor ao item 3.3 deste trabalho.

²⁷⁵ Acerca da necessidade de fixação unilateral pelo Estado quanto ao modo de prestação dos serviços dos agentes públicos, Paul Laband afirmava que: “A regulamentação desses serviços, por sua natureza e por sua significação, faz-se, portanto, conforme o interesse e a ordem jurídico do estado, não por fixação contratual e nem tampouco conforme o simples prazer individual e o capricho pessoal” (LABAND, *op. cit.*, p. 120 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 91).

²⁷⁶ Conforme sustentado por Florivaldo Dutra de Araújo, “A visão liberal do contrato como *conjunção de vontades entre partes iguais*, como expressão da *autonomia da vontade*, criando a *lex inter partes*, modificável apenas por consenso entre essas, levou a que se negasse, de modo geral, a própria possibilidade de o estado, agindo como *poder público (puissance publique)*, firmar contratos.” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 126).

²⁷⁷ O processo de intervenção heterônoma de fontes no regulamento contratual – a par da autonomia da vontade das partes contratantes – é intitulado pela doutrina de *dirigismo contratual*. Segundo Luiz Alberto da Silva, entende-se por dirigismo contratual “tôda e qualquer forma de intervenção estatal na vida dos contratos, quer sob a forma de intervenção legislativa, quer sob a intervenção jurisprudencial, que vise a reformular os princípios tradicionais da doutrina contratual, tornando-os mais acordos mais acordes com a socialização do direito moderno, que é seu aspecto mais marcante em nossos dias” (SILVA, Luiz Alberto da. *Dirigismo contratual*. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 5, 1965, p. 127. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/974>. Acesso em: 07 mar. 2023).

²⁷⁸ Ibid., p. 126.

a consensualidade quanto à disciplina jurídica da relação funcional não subsistem sob a égide da dogmática contemporânea.

Expostas as principais teorias contratuais que balizaram o vínculo existente entre agente-Estado, nota-se que nenhuma delas logra êxito em dialogar integralmente com as ideias propostas no presente trabalho, seja pelo regime jurídico que adotam para a relação funcional (teoria do contrato de direito privado e teoria do contrato inominado), seja pela resistência à consensualidade na disciplina jurídica da função pública (teoria do contrato de adesão e teoria do contrato de direito público)

Longe de querer propor uma nova teoria contratual para o vínculo funcional, entende-se suficiente, para os fins a que se propõe este trabalho, a adoção da teoria do contrato de direito público para fundamentar a relação contratual entre agente-Estado; não da forma como projetada por Laband, mas estruturada sob a nova roupagem do Direito Administrativo e da Administração Pública do século XXI (conforme já adiantado no tópico 2.2 deste texto).

Assim, com fundamento no paradigma democrático do Estado de Direito e à luz das ideias de concertação e contratualização da atividade administrativa, adota-se a teoria do contrato de direito público como marco norteador do vínculo contratual entre agente-Estado, admitindo-se o acordo de vontades entre as partes contratantes tanto na fase de constituição do vínculo, como na delimitação do seu conteúdo jurídico.

4.2 Da perspectiva de *poder* à perspectiva *relacional* no vínculo agente-Estado

A adoção do vínculo contratual entre agente-Estado, especialmente em uma ordem jurídica tradicionalmente unilateralista como a brasileira, exige mais do que proposições acadêmicas ou legislativas. Mostra-se relevante para que se concretize essa mudança de paradigmas nas relações funcionais, uma verdadeira ressignificação do Estado e da sua filosofia comportamental.

Para grande parte dos autores da Teoria Geral do Estado, o poder é elemento essencial da noção de Estado, sendo, por vezes, confundido com este. Como afirma Burdeau²⁷⁹, o Estado pode ser conceituado como a institucionalização do poder. E não poderia ser diferente, pois, em razão da abstração ínsita à ideia de Estado, o único elemento capaz de garantir a coesão social

²⁷⁹ BURDEAU, Georges. *L'État*. Paris: Ed. du Seuil, 1970, p. 21 apud DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113.

e a manutenção da ordem seria a existência do *poder*, uma força²⁸⁰ imanente que vincula o povo a agir dentro dos limites objetivamente fixados, evitando-se o caos.

Na intenção de dar maiores contornos a esse poder estatal, os teóricos dividiram-se em duas vertentes: os que afirmam ser o Estado a manifestação do poder político e os que entendiam tratar-se de um poder exclusivamente jurídico.

O principal nome dessa primeira corrente foi Georg Jellinek²⁸¹, que afirmava que o poder do Estado (*poder dominante*) era originário e irresistível. Originário porque “o Estado Moderno se afirmava a si mesmo como princípio originário dos submetidos”²⁸². Dessa forma, pelo direito que ele próprio se atribuiu, poderia “dispor, mediante suas leis, em seu território, de todo o poder de dominação”²⁸³. E é irresistível porque ao Estado é atribuído o monopólio da força, com capacidade coativa para que se cumpram as ordens proferidas, sendo impossível aos que lhe sejam submetidos se furtarem ao poder dominante (a título de exemplo, não se revela possível ao cidadão, pura e simplesmente, renunciar à sua cidadania, podendo, tão somente, modificá-la, “o que significa subtrair-se ao poder de um Estado para submeter-se a outro”²⁸⁴).

Quanto à segunda corrente, que tem como maior expoente Hans Kelsen²⁸⁵, negava-se a força mística atribuída ao Estado, afirmando que ele só tinha existência como produto de uma ordem jurídica antes posta. Ou seja, o Estado deve ser compreendido como “um poder juridicamente qualificado”²⁸⁶, que exercerá suas competências dentro dos limites objetivos fixados pela norma superior, aplicando aos que lhe desobedecerem a consequência sancionatória prevista no regulamento.

Longe dos extremos, surgiram estudiosos que defenderam posições intermediárias, sustentando que o poder estatal comunga tanto de matrizes políticas como jurídicas. Miguel Reale afirma que da mesma forma que “não há organização sem presença do direito, não há poder que não seja jurídico”²⁸⁷. Contudo, o poder não se encontra integralmente imerso dentro

²⁸⁰ Jacques Derrida atribui ao Estado essa função coativa, que, através do exercício do monopólio da força, atinge seu objetivo de ordenação social. O jurista afirma que o Estado goza de *enforceability*, admitindo “que não há direito que não implique *nele mesmo, a priori, na estrutura analítica de seu conceito*, a possibilidade de ser *enforced*, aplicado pela força” (DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 8).

²⁸¹ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954, p. 320-324 apud DALARRI, *op. cit.*, p. 113.

²⁸² DALLARI, *op. cit.*, p. 114.

²⁸³ *Ibid.*, p. 114.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 114.

²⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. México: Ed. Nacional, 1959, p. 123-133 apud DALARRI, *op. cit.*, p. 115.

²⁸⁶ DALLARI, *op. cit.*, p. 115.

²⁸⁷ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins, 1960, p. 77, 106-107 apud DALARRI, *op. cit.*, p. 117.

do plano do direito, coexistindo, simultaneamente, no campo político. Coube a Edmond Picard²⁸⁸ a construção de uma tese conciliatória a partir da Teoria do Progresso Jurídico, em que sustenta que o poder estatal se encontra submetido a diferentes graus de juridicidade, que vai desde um mínimo, em que prevalece o fator político, até o grau máximo, em que o fator jurídico adquire protagonismo²⁸⁹.

A partir dessa coordenação entre a natureza jurídica e política do poder do Estado, foi desenvolvida a teoria da personalidade jurídica do Estado, capaz de justificar cientificamente a atuação desse organismo dentro dos limites objetivos da ordem jurídica, assumindo a qualidade de núcleo de imputação de direitos e obrigações na órbita civil. Sem olvidar das contribuições de outros juristas para essa construção teórica – notadamente os alemães –, foi com Jellinek²⁹⁰ que a personalidade jurídica do Estado ganhou contornos mais concretos, permitindo sua operacionalidade no universo do direito. Segundo o autor, a qualidade de sujeito de direito não se encontra atrelada à capacidade biótica do seu titular, mas sim à vontade da ordem jurídica, não sendo aquela exclusividade dos seres humanos²⁹¹. Com esses fundamentos, conclui o autor que:

Se o Estado é uma unidade coletiva, uma associação, e esta unidade não é uma ficção, mas uma forma necessária de síntese de nossa consciência que, como todos os fatos desta, forma a base de nossas instituições, então tais unidade coletivas não são menos capazes de adquirir subjetividade jurídica que os indivíduos humanos.²⁹²

Ao assumir a condição de pessoa jurídica, o Estado deve ser considerado como produto das normas jurídicas e, portanto, vinculado aos seus limites. Nessa condição, o poder político do Estado, quando positivado, passa a ser substancialmente juridicizado, admitindo-se como

²⁸⁸ PICARD, Edmond. **O Direito puro**. Barcelona: Ed. Ibero-americana, 1942, p. 139 apud DALLARI, *op. cit.*, p. 117.

²⁸⁹ Dalmo de Abreu Dallari, explicando a Teoria do Progresso Jurídico desenhada por Picard, leciona que “quando se diz que o poder é jurídico isso está relacionado a uma graduação de juridicidade, que vai de um mínimo, representado pela força ordenadamente exercida como um meio para atingir certos fins, até a um máximo, que é a força empregada exclusivamente como um meio de realização do direito e segundo normas jurídicas. Dessa maneira, mesmo que o poder se apresente com a aparência de mero poder político, procurando ser eficaz na consecução de objetivos sociais, sem preocupação com o direito, ele já participa, ainda que em grau mínimo, da natureza jurídica. E mesmo quando tiver atingido seu grau máximo de juridicidade, tendo sua legitimidade reconhecida pela ordem jurídica e objetivando fins jurídicos, ele continuará a ser, igualmente, poder político, capaz de agir com plena eficácia e independência para a consecução de objetivos não jurídicos” (DALLARI, *op. cit.*, p. 117).

²⁹⁰ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954, p. 125-128 apud DALLARI, *op. cit.*, p. 125.

²⁹¹ Quanto ao ponto, Dallari afirma que “O homem é um pressuposto da capacidade jurídica, uma vez que todo direito é uma relação entre seres humanos. Entretanto, nada exige que a qualidade de sujeito de direitos seja atribuída apenas ao indivíduo.” (DALLARI, *op. cit.*, p. 125).

²⁹² JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954, p. 125-128.

legítimas apenas as competências que lhe foram reconhecidas pelo direito. O Estado, portanto, é colocado perante a ordem jurídica “na mesma posição que as demais pessoas, ou seja: ele não tem valor superior, não é, *a priori*, moralmente superior às demais pessoas, não se lhe autoriza nada apenas em virtude de sua personalidade”²⁹³.

E, para além do mais, o Estado, quando assume a condição de pessoa jurídica, passa a ser considerado ente com capacidade relacional²⁹⁴. As relações jurídicas das quais participa o Estado são regradas pela ordem jurídica e nela encontram-se previstas as suas competências, de sorte que não se pode mais admitir posições de superioridade estatal pelo simples fato da sua presença ou da qualidade que ostenta. Nesse sentido, Luísa Cristina Pinto e Netto, seguindo as lições de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, sustenta que “se há alguma subordinação em uma determinada relação jurídica, esta subordinação, em primeiro lugar, não é de pessoa a pessoa, é subordinação objetiva, juridicamente regrada”²⁹⁵.

Feitas essas considerações, é possível concluir que a noção de Estado, ante a complexidade que orienta sua própria existência, pode ser fracionada em duas concepções distintas, que aqui serão intituladas de *Estado-poder* e *Estado-relacional*²⁹⁶. “O Estado-poder é integrado por aqueles que definem as regras de convivência na sociedade e as aplicam, com o uso da força, se necessário”²⁹⁷. No Estado-poder há prevalência do poder político em detrimento do poder jurídico (segundo a Teoria do Progresso Jurídico, haveria um reduzido grau de juridicidade). Por outro lado, o Estado-relacional diz respeito à atuação estatal como titular de posições em relações jurídicas, na condição de sujeito de direito detentor de direitos e obrigações (há, dessa forma, um grau acentuado de juridicidade e a sobreposição do componente jurídico do poder em relação ao político).

As conclusões aqui obtidas possuem especial relevância quando aplicadas na relação contratual entre agente-Estado. De início, é preciso considerar que sob a égide da relação

²⁹³ NETTO, *op. cit.*, p. 120.

²⁹⁴ De forma didática, Carlos Ari Sundfeld cita exemplos de relações jurídicas travadas pelo Estado quando assume a condição de pessoa jurídica: “O Estado, como pessoa que é, relaciona-se com os membros da sociedade. O Estado se relaciona com o criminoso, quando condena à prisão; com a empresa, quando a contrata para fazer a limpeza de prédio público; com o servidor público, quando o demite do trabalho; com todos os indivíduos, quando edita normas jurídicas regendo suas vidas” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23).

²⁹⁵ NETTO, *op. cit.*, p. 124.

²⁹⁶ Sobre o Estado-relacional, Dalmo de Abreu Dallari, citando Laband, acentua que “o Estado é um sujeito de direito, uma pessoa jurídica, com capacidade para participar de relações jurídicas. O Estado é visto como uma unidade organizada, uma pessoa que tem vontade própria. E mesmo quando a vontade do Estado é formada pela participação dos que o compõem, ou seja, do povo, não se confunde com as vontades dos que participam da formação da vontade estatal” (DALLARI, *op. cit.*, p. 125).

²⁹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22.

funcional contratual com o agente público, o Estado ocupará a posição de tomador de serviços (parte contratante) na condição de Estado-relacional, estando sujeito às diretrizes legais e às regras fixadas no bojo do negócio jurídico. A lógica do Estado-poder, própria do vínculo estatutário, não tem aplicabilidade na função pública com a consolidação do paradigma democrático e social do Estado de Direito²⁹⁸.

Efeito direto da consagração do Estado-relacional na relação contratual com o agente público está na necessária reinterpretação da teoria do órgão e da teoria da imputação. Se, inicialmente, o agente público era considerado mera “esfera de competência interna da organização estatal”²⁹⁹ (ou seja, verdadeiro órgão público), integrando a própria pessoa do Estado, na relação contratual ele adquire autonomia jurídica, devendo a noção de órgão ser decomposta em dois elementos: o objetivo – “órgão como centro de competência integrante da estrutura estatal”³⁰⁰ – e o subjetivo – a pessoa física que atua na condição de órgão. Nesse novo estado de coisas, a personalidade jurídica do agente público não se confunde com a do Estado, pois não há mais confusão entre os elementos objetivos e subjetivos do órgão, de sorte que “o particular, na qualidade de agente, não deixa de contar com sua personalidade no interior do Estado”³⁰¹.

Quanto à teoria da imputação, deve ser afastada a ideia de que o agente público se presta, única e exclusivamente, a apresentar os interesses do Estado. Sob a égide da relação contratual, o agente atua externamente em nome do Estado dentro dos limites objetivos fixados na legislação e no regulamento do contrato, mantendo, internamente, a qualidade de sujeito de direitos e sendo detentor de interesses próprios – que deverão, necessariamente, ser tutelados. Nessa nova perspectiva, o particular deve ser visto como “elemento subjetivo do órgão estatal, o que lhe permite agir externamente como Estado”³⁰², mantendo a sua condição de sujeito de direitos no âmbito da relação interna com a Administração Pública.

²⁹⁸ Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena deixa claro que, no âmbito da relação funcional, atuando como sujeito de direito, não pode o Estado comparecer dotado do *jus imperii*: “Aqui a razão fundamental pela qual o Estado, como pessoa jurídica, como sujeito de direito, não impor trabalho ao indivíduo nem comparecer na relação como *jus imperii*, dentro de certa linha escravocrata, autoritária, de não poucos adeptos formalistas. Como sujeito de direito em uma relação jurídica de trabalho subordinado, o Estado não pode senão comparecer nessa relação na posição e capacidade com que, para esse fim, o dotou o Estado, como ordem jurídica. A isso, chamamos *Estado de Direito* (*the State is subject to the law*)” (VILHENA, *op. cit.*, p. 77).

²⁹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 55.

³⁰⁰ DROMI, José Roberto. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1973, p. 62 apud NETTO, *op. cit.*, p. 259.

³⁰¹ NETTO, *op. cit.*, p. 260.

³⁰² *Ibid.*, p. 261.

É possível perceber, em arremate, que a institucionalização da relação contratual entre agente-Estado exige a adequação do perfil de Estado que atuará no seio dessa nova composição jurídica (o Estado atuará, portanto, na qualidade de agente relacional, subserviente à ordem jurídica e ao regramento do contrato, afastando-se da ótica de poder, até então presente no vínculo estatutário da função pública), bem como de antigas teorias que balizavam a matéria (em especial a teoria do órgão e a teoria da imputação), como forma de garantir a estabilidade e o equilíbrio de forças na construção da dogmática contratual da função pública brasileira.

4.3 Pressuposto normativo à contratualização: a edição da lei-quadro

Desde a emancipação do Estado de Direito, o poder estatal, antes ilimitado, encontrou limitações positivadas pela ordem jurídica. Especificamente no que concerne à atividade administrativa, essa demarcação de competências sempre esteve atrelada à edição da lei formal, dando ensejo ao princípio da legalidade, pedra angular do regime jurídico-administrativo³⁰³. Tradicionalmente, tal princípio implica que “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”³⁰⁴. É cultuada na prática administrativa brasileira a clássica frase dita por Hely Lopes Meirelles, segundo o qual: “Na Administração não há liberdade e nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”³⁰⁵.

A legalidade desempenha, no âmbito da função administrativa, um papel dúplice³⁰⁶: o de delimitar objetivamente o espaço de atuação da Administração Pública, prescrevendo a forma, o modo e como será exercida a atividade administrativa, bem como o de garantir o respeito aos direitos individuais, limitando “os exercentes do poder em concreto”³⁰⁷ e evitando favoritismos e arbitrariedades na condução da Administração Pública através da edição de normas gerais, abstratas e impessoais³⁰⁸.

³⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 96.

³⁰⁴ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 16.

³⁰⁵ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 82-83.

³⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.93-94.

³⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

³⁰⁸ Sobre esse papel garantista do princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que “ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral. O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder

É certo que essa concepção de uma Administração essencialmente legalista não resistiu ao transcurso do tempo. Ao longo do século XX, sobretudo a partir da sua segunda metade, a ordem jurídica assistiu a um processo crescente de deslegitimação do legislador e de “erosão da lei formal”³⁰⁹ ocasionado, entre outros motivos, “pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise de representação”³¹⁰. Para além dessa crise de representatividade da instância legislativa, a lei formal não logrou êxito em acompanhar o “aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais”³¹¹, que passaram a exigir do Estado respostas cada vez mais rápidas para a solução dos impasses, não compatíveis com a morosidade do processo legislativo.

Como alternativa, a Administração passou a fundamentar sua atuação em outras fontes: as orientações jurisprudenciais passaram a ganhar força normativa, fazendo “dos juízes uma fonte produtora de normas administrativas”³¹² e a Constituição, antes vista como “mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador”³¹³, passou a vincular diretamente o gestor público, sendo alçado ao status de “fundamento primeiro do agir administrativo”³¹⁴. Por outro lado, a Administração Pública deixou de lado sua passividade frente ao legislador e passou a atuar ativamente na produção de normas (dando ensejo, inclusive, ao exercício da sua função normativa), através da edição dos regulamentos administrativos e da atuação das agências reguladoras independentes³¹⁵.

Em paralelo à decadência do império da lei houve o processo de alargamento das fontes do direito administrativo, que resultou na implantação do “regime concorrencial de normas”³¹⁶,

autoritário (...). O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*” (Ibid., p. 97).

³⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Princípio da Legalidade. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 10, 1977, p. 16 apud BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 35.

³¹⁰ Ibid., p. 35.

³¹¹ Ibid., p. 35.

³¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 243.

³¹³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 37.

³¹⁴ Ibid., p. 37.

³¹⁵ Como ressalta Eduardo García de Enterría, “a Administração não se apresenta como uma simples instância de execução de normas heterônomas, mas é, ao invés, em maior ou menor medida, fonte de normas autônomas” (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo - vol. I**. 7. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 428 apud BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 35).

³¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 242.

de sorte que há, na realidade hodierna, um conjunto de fontes disponíveis para fundamentar o agir administrativo³¹⁷. Diante desse contexto, a noção de legalidade, antes restrita à mera aplicação da lei formal, precisou ser ampliada, evoluindo para o que hoje se intitula de bloco de legalidade, “que inclui, já de início, a Constituição, passando pelo Direito Internacional (...), as leis, normas regulamentares, entre outras normas que se consideram integrantes de determinado ordenamento jurídico”³¹⁸. Não sem razão, autores mais modernos do direito administrativo afirmam que a Administração se encontra vinculada não ao princípio da legalidade, mas ao princípio da juridicidade, definido como “uma legalidade ampliada, enriquecida e multinível, independentemente de um protagonismo visível do Governo na definição de meios e modos de concretização da Administração de bem-estar”³¹⁹.

É preciso ressaltar, contudo, que a ideia de juridicidade não exclui a importância ou a necessidade da lei em sentido estrito (mas atenua, em alguma medida, a sua relevância para o impulso do agir administrativo). A Constituição de 1988 traz, em seu texto, inúmeras matérias que dependem necessariamente da interposição legislativa para que gozem de efeitos concretos junto à ordem jurídica: são as chamadas *reservas específicas de lei*. Nesses casos, há uma “orientação de fortalecimento do papel do legislador em face da Administração, pois essas reservas garantem espaços de intervenção do legislador que foram considerados vitais”³²⁰, ou seja, em razão da relevância da matéria regulada, a Constituição optou por atrelá-la ao processo legislativo, de modo a garantir estabilidade normativa e fomentar os debates institucionais. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 170, parágrafo único, da CRFB/88, ao determinar que somente a lei poderá “prever os *casos* em que o exercício da atividade econômica dependerá de *autorização*”³²¹ ou no caso do sistema tributário, em que “só a lei institui ou majora tributos (art. 150, I), só a lei os dispensa (art. 156, §6º), só a lei transfere a responsabilidade tributária (art. 150, §7º), etc.”³²².

³¹⁷ Carlos Ari Sundfeld, em feliz posicionamento, afirma claramente que “Na atualidade, a amarração jurídica da Administração é garantida por um complexo de normas de muitas fontes e de mecanismos que elas todas foram desenvolvendo com o tempo (o processo administrativo, por exemplo). A eventual limitação, em alguns ou muitos casos, do peso da atuação do legislador não seria decisiva para destruir a sofisticada engrenagem que conduz juridicamente a Administração” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 244).

³¹⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 73.

³¹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 76.

³²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 259.

³²¹ Ibid., p. 259.

³²² Ibid., p. 259.

No que concerne especificamente à função pública brasileira, se está diante de hipótese de reserva de lei prevista expressamente pela Constituição de 1988. O art. 61, II, alínea ‘c’, da CRFB/88, confere iniciativa privativa ao Presidente da República para dar início às leis que disponham sobre servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Em razão da aplicação do princípio da simetria (positivado nos arts. 25 e 29, ambos da CRFB/88), no âmbito estadual essa iniciativa caberá aos Governadores de Estado e, na circunscrição municipal, aos Prefeitos.

Ocorre que, apesar de ser a função pública matéria que exige interposição legislativa, não há imposição constitucional no sentido de que caberá exclusivamente à lei formal discipliná-la em sua integralidade. Nas hipóteses em que há reserva de lei, deve essa espécie normativa tratar, de forma inicial e superior, dos aspectos essenciais envolvendo a matéria regulada, sendo possível que outras fontes normativas – em atenção à ideia de bloco de legalidade e do princípio da juridicidade – exerçam um papel complementar, auxiliando o legislador no cumprimento do seu múnus³²³.

Aplicando as considerações aqui formuladas ao vínculo contratual da função pública brasileira, temática central do presente trabalho, nota-se que permanece imutável – inclusive por decorrer de imposição constitucional contida no art. 61, II, alínea ‘c’, da CRFB/88 – a necessidade de lei para disciplinar aspectos fundamentais da relação funcional, tais como “os princípios, as diretrizes, as normas gerais relativas às condições de prestação do trabalho”³²⁴ para com o Estado – é o que aqui intitula-se de lei-quadro. Em um segundo momento, atendendo às prescrições legais previamente estabelecidas, caberá ao contrato, como instrumento eivado de força integrativa e normativa, regulamentar os aspectos específicos inerentes à relação funcional, esgotando as disposições quanto à matéria.

Em síntese, percebe-se não ser apenas juridicamente viável, mas constitucionalmente possível a conjugação da disciplina legal e contratual no que tange à função pública brasileira, como forma de concretização do princípio da juridicidade e do regime concorrencial de normas amplamente reconhecido pelo direito administrativo brasileiro³²⁵. Dessa forma, é garantido ao

³²³ Nas exatas palavras de Luísa Cristina Pinto e Netto, “a reserva de lei não significa banir, da disciplina das matérias reservadas, a existência de normas jurídicas veiculadas por outras fontes normativas que não a lei. Diversamente, determina que, para tais matérias, a disciplina primeira e superior, contentora dos aspectos essenciais, tem de advir de lei do Poder Legislativo, está colocada a largo da disposição do Executivo. Subordinadamente à lei do Legislativo, podem ser emanadas normas sobre a mesma matéria por intermédio de outras fontes que não a lei – por exemplo, atos normativos infralegais de competência do Executivo –, desde que consentâneas com o regramento legal (NETTO, *op. cit.*, p. 281).

³²⁴ *Ibid.*, p. 285.

³²⁵ Como ressalta Almiro do Couto e Silva, “a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite ao administrador. Por certo, não prescinde a Administração de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente

Estado, na condição de legislador ou administrador, “a disciplina dos aspectos ligados à relação e à organização do aparelho estatal”³²⁶, ao passo que “colocam-se os aspectos da relação de serviço ou trabalho sob a disciplina bilateral, forjada pelo caráter contratual conferido à relação”³²⁷.

4.3.1 Unidade federativa e isonomia funcional: esforço para edição de uma Lei Geral para o contrato administrativo de pessoal

A competência legislativa envolvendo a função pública é classificada como concorrente e cumulativa, de modo que, respeitados os limites constitucionais, todos os entes federativos possuem legitimidade para disciplinar, de acordo com a sua realidade, a normativa funcional. Tal conclusão decorre do fato de que, no âmbito do federalismo brasileiro, em atenção ao disposto no art. 18 da CRFB/88, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios gozam de autonomia, reconhecida em sua tripla vertente: “(i) autonomia político-administrativa (incluindo a autonomia política, legislativa e de autoadministração), (ii) autonomia financeira e (iii) autonomia orçamentária”³²⁸.

Em tese, a extensão da autonomia a todos os entes federativos não seria propriamente um problema, tendo em vista que permitiria uma tutela ampliada dos interesses locais e regionais. Entretanto, em um país com dimensões continentais como o Brasil, a posição adotada pelo constituinte originário pode gerar algumas distorções, notadamente em matérias legislativas. Basta recordar que a organização político-administrativa brasileira “compreende, além da União, e dos 26 Estados-membros e do DF, 5.565 Municípios; o que totaliza 5.593 entes federativos na atualidade”³²⁹.

Diante desse quadro fático, convive-se hodiernamente com um contexto legislativo pulverizado e dissonante em se tratando de função pública, não sendo raro que entes da federação brasileira legislem de forma diversa sobre questões administrativas semelhantes. E essa diferenciação “tem ido muito além daquela que seria uma natural consequência de um

definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado capó de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público” (SILVA, Almiro Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 189/180, 1990, p. 53 apud BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 35.

³²⁶ NETTO, *op. cit.*, p. 287.

³²⁷ Ibid., p. 287.

³²⁸ GOMES, *op. cit.*, p. 369.

³²⁹ Ibid., p. 368.

sistema fechado de função pública”³³⁰, inviabilizando “uma certa margem de isonomia relativamente aos servidores públicos das várias esferas de governo”³³¹ (isonomia intrafederativa ou intra-administrativa em nível infraconstitucional)”³³². As particularidades locais e regionais não podem obstaculizar, sem qualquer fundamento consistente, um tratamento minimamente isonômico pelo poder público aos seus servidores³³³.

Como remédio a esses males, surge na doutrina administrativista quem defenda a edição de leis federais ou nacionais (que assumirão a condição de normas gerais) sobre a função pública, que se prestariam a exercer “esse papel centralizador, unificador e racionalizador desse sistema”³³⁴. A justificativa para essa posição encontra-se assentada na necessidade de se conferir aos agentes públicos um mínimo de segurança jurídica e tratamento isonômico, evitando que trabalhadores públicos que exerçam competências administrativas análogas permaneçam subordinados a regimes jurídicos diversos pelo só fato de se encontrarem vinculados a entes federados diferentes.

A configuração da proposta aqui apresentada encontra respaldo no sistema da função pública espanhola, assumindo o Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) o posto de legislação básica (similar à ideia de norma geral) que “destina-se a ser desenvolvida por Leys de Función Pública das Cortes Gerais e das assembleias legislativas das comunidades autónomas”³³⁵. Conforme art. 2º do EBEP, o estatuto aplica-se à Administração Geral do Estado, Administrações das comunidades autónomas, Administrações das entidades locais, organismos públicos, agências e demais entidades de direito público com personalidade jurídica própria, vinculados ou dependentes de qualquer das Administração Públicas e as universidades públicas.

³³⁰ Ibid., p. 369.

³³¹ Como sustenta Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, o federalismo não pode legitimar, sem fundamento relevante, tratamentos diversos em contextos semelhantes, justificáveis tão somente pelo argumento da autonomia. É preciso ter unidade na diversidade. Nas palavras do autor: “além das heterogeneidades constitutivas de um país, outro passo fundamental em prol do federalismo é a adoção de um discurso e de uma prática defensora da unidade na diversidade”. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Federalismo e princípio da simetria**. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Constitucional e organização do poder. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 513-547. p. 525.

³³² GOMES, *op. cit.*, p. 369.

³³³ Como assentado por Ana Cláudia Nascimento Gomes, “a interpretação do texto constitucional, além de privilegiar a competência legislativa e administrativa dos entes federados no disciplinamento de sua Função Pública (derivada do *Hausrecht*), deve também valorar a ótica dos trabalhadores públicos (os “servidores públicos”, cidadãos dotados de direitos fundamentais), de forma que sejam minimamente assegurados nesse sistema o direito à isonomia de tratamento pelo Poder Público [...] e a própria unidade insita a um sistema federalista”. Ibid., p. 370.

³³⁴ GOMES, *op. cit.*, p. 370.

³³⁵ SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque. **A reforma do emprego público em Portugal e Espanha**. In: FERNANDES, Francisco Liberal; REDINHA, Maria Regina (coord.). Transformações recentes do direito do trabalho ibérico. Ed. UP – Universidade do Porto: Porto, 2016, p. 253-369. p. 262.

Não obstante, a solução apresentada não é de fácil aplicação no federalismo brasileiro. Como ressaltado anteriormente, o modelo de Estado federado adotado pelo Brasil garante aos entes subnacionais (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) autonomia plena – o que inclui, evidentemente, a legitimidade para legislar sobre questões envolvendo interesses locais ou regionais. Nesse sentido, não sendo a União a única fonte de poder político competente para a produção do direito, a exigência de lei federal em matéria não prevista expressamente pela Constituição de 1988 – como é o caso da disciplina jurídica da função pública – consistiria em violação ao pacto federativo e subjugação dos Estados e Municípios aos interesses do ente centralizador³³⁶.

Em contraposição a esse argumento, deve ser fixada a premissa de que, no âmbito do federalismo, a autonomia legislativa atribuída aos entes não é absoluta, de modo que, para além dos limites formais previstos objetivamente na ordem jurídica, também deve atenção aos limites materiais, sendo “indispensável analisar, em cada caso concreto, se o fortalecimento do poder normativo dos entes políticos subnacionais leva também a uma melhoria para o bem-estar da população, objetivo principal de qualquer atividade estatal num país democrático”³³⁷. Sob a ótica das relações funcionais brasileiras, a homogeneidade da sua disciplina jurídica básica surge como questão de ordem para assegurar um mínimo de igualdade e proteção à confiança legítima dos cidadãos que desempenham seu trabalho em proveito do Estado, gerando efeitos concretos mais benéficos aos agentes públicos do que a pulverização legislativa existente nos dias atuais.

Indo além dos argumentos puramente teóricos para a solução da questão posta em análise, é possível verificar que a própria Constituição de 1988 trouxe em seu texto um apelo claro ao estabelecimento de uma certa “unidade intrafederativa funcional”³³⁸, de modo a afastar a ideia de que o regime jurídico único previsto no art. 39 da CRFB/88 “seja interpretado somente do ponto de vista da unidade/legalidade exclusivamente formal e perceptível apenas

³³⁶ Augusto Zimmermann defende a necessidade, no modelo de Estado federado adotado pelo Brasil, da diversidade normativa, atuando a União de forma excepcional, em matérias específicas e respeitando o princípio da subsidiariedade. Nas palavras do autor: “o Direito federal representa um conjunto de normas jurídicas que, pelo fim a que se destinam, por sua natureza pluralista e pela ordem das relações federalistas a que se referem apresentam características bastante complexas e diferenciadoras das normas jurídicas pelo Estado unitário. Esse grau visível de complexidade não impede vislumbrar que a principal característica do pluralismo jurídico-federal é a negação de que o poder central seja a única fonte de poder político e, por consequência, o ente exclusivo de toda a produção do direito” (ZIMMERNMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1999, p. 175).

³³⁷ KRELL, Andreas Joachim. A reforma federativa alemã, a supressão das competências de quadro e a superação das teorias das leis nacionais no Brasil. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, jul. 2007, p. 118.

³³⁸ GOMES, *op. cit.*, p. 371.

dentro de cada ente federativo”³³⁹. Ana Cláudia Nascimento Gomes, em obra específica sobre o tema, trouxe à baila exemplos de dispositivos constitucionais que confirmam a diretriz constitucional de exigir, em matéria envolvendo a função pública, uma postura ativa da União na edição de normas gerais:

- a) a determinação do art. 169, §7º, para que normas gerais sejam fixadas por “lei federal” (tecnicamente uma “lei nacional”) para concretização da hipótese de perda do cargo do servidor estável, para fins de adequação à lei de responsabilidade fiscal, inclusive daquele servidor que desenvolva “atividades exclusivas de Estado” (art. 274) – (EC nº 19/98);
- b) a determinação do art. 198, §5º, para que lei federal regule o regime jurídico e as atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, a serem contratados pelos agentes locais do SUS (EC nº 51/2006); determinação esta que se tornou ainda mais exigente com a EC nº 63/2006, devendo a “lei federal” agora também dispor sobre “o piso salarial profissional nacional” dos mencionados profissionais”; [redação confirmada também pela EC nº 63/2010]
- c) a determinação do art. 206, VIII e § único, para fixação de piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, por “lei federal”, para além da definição das “categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica” (EC nº 53/2006). Relembre-se que o STF entendeu que a Lei Federal nº 11.738/2008 (que instituiu o piso salarial profissional nacional) é uma “norma geral”;
- d) a “lei específica” de greve, constante do art. 37, VIII (EC nº 19/98), a fim de serem harmoniosamente definidos, por exemplo, os pressupostos para o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, §1º), suplantando alguma doutrina que entende que tal lei insere-se igualmente na “competência legislativa concorrente cumulativa” adstrita à função Pública;
- (...)
- e) a definição de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho público (art. 7º, XXII, c/c art. 39, §3º), acaso se compreenda que as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego não sejam genericamente aplicáveis;
- f) a definição de um procedimento de negociação e contratação coletiva no setor público, bem como as matérias negociáveis, em decorrência da ratificação pelo Brasil da Convenção nº 151 da OIT; e,
- g) isso sem falar nos direitos e deveres básicos (“padrão mínimo comum”) para categoria de profissionais subordinados públicos que são usualmente admitidos nas várias esferas de governo (ex.: na área de educação pública; na área da saúde pública; na área da segurança pública, etc.) para concretização de suas atribuições constitucionais; a normatização básica sobre concurso público e processo seletivo simplificado, estágio probatório e estabilização do servidor, rompimento da relação jurídica, etc.³⁴⁰

A par dos argumentos postos, nota-se que a matéria envolvendo a função pública carece de unidade e harmonização jurídica, seja pela flagrante discriminação existente atualmente em razão da pulverização legislativa decorrente do expressivo número de entes federados no Brasil, seja pela tendência crescente da Constituição de 1988 em entregar à União a competência para legislar, mediante a edição de normas gerais, sobre a disciplina jurídica dos agentes públicos³⁴¹.

³³⁹ Ibid., p. 371.

³⁴⁰ Ibid., p. 371-372.

³⁴¹ Mostra-se imperioso ressaltar que, ao atribuir competência à União para legislar sobre normas gerais envolvendo a função pública brasileira, não se estará retirando dos Estados e Municípios a competência que lhes

A concretização da tese aqui defendida poderá ser viabilizada por dois caminhos distintos, a depender da concepção ampliativa ou restritiva adotada pelo intérprete acerca do rol de competências legislativas previsto na Constituição de 1988.

Para os que defendem a diretriz ampliativa, deverá ser dada interpretação extensiva ao termo “trabalho” contido no art. 22, I, da CRFB/88, para abranger não apenas as relações de trabalho comum, mas também “o trabalho subordinado público (em especial, naquilo que seja fundamental à manutenção do princípio da igualdade intragovernamental no sistema funcional)”³⁴². Em face da tendência atual de intercâmbio e interconexão entre os campos do direito do trabalho e do direito da função pública, já estudado no subitem 3.3 desse trabalho, essa interpretação consagra verdadeira mutação constitucional na utilização do termo “trabalho” pela Constituição de 1988, que passará a englobar tanto o labor comum, como o labor estatal. Ressalta-se, todavia, que, adotando esse caminho, “a União *deverá* (e não simplesmente poderá) efetivamente editar lei complementar autorizando os Estados-membros a legislar sobre questões específicas”³⁴³ envolvendo a função pública (seguindo o preceito do art. 22, parágrafo único, da CRFB/88), como forma de garantir a autonomia político-administrativa dos entes subnacionais.

Essa alternativa, contudo, parece não encontrar sustentação lógica frente à ordem constitucional. Isso, porque o art. 22, parágrafo único, da CRFB/88, prevê mera possibilidade de delegação das competências normativas federais aos Estados-membros, a qual poderá, inclusive, ser revogada a qualquer momento. E, para além do mais, o citado dispositivo da Constituição brasileira não permite a extensão de competências legislativas aos Municípios, o que frustraria, a um só tempo, a feição concorrente e cumulativa da disciplina legal envolvendo a função pública e a autonomia legislativa desses entes federados.

Por outro lado, se adotada a vertente restritiva em matéria de competência legislativa, será inevitável a exigência de alteração constitucional, para que seja incluída no rol do art. 24, I, da CRFB/88, o direito da função pública, garantindo à União legitimidade para editar normas gerais em matéria de trabalho público, que poderá ser suplementada pelos entes subnacionais, quando vislumbrada a necessidade de tutela específica dos interesses locais ou regionais³⁴⁴.

é garantida constitucionalmente para suplementar a legislação federal de acordo com os interesses locais e regionais. O art. 24, § 2º e o art. 30, I e II, ambos da Constituição de 1988 asseguram aos entes federados subnacionais a possibilidade de adequarem a normativa federal às suas realidades, direito esse extensível, por óbvio, às questões envolvendo a função pública.

³⁴² GOMES, *op. cit.*, p. 373.

³⁴³ *Ibid.*, p. 373.

³⁴⁴ Como ressaltado por Ana Cláudia Nascimento Gomes, “Essa possibilidade constitucional tem a seu favor a maior probabilidade de ser melhor absorvida pela juspublicística nacional, sempre tão arredia ao DT. Isso porque, não obstante ainda nos afigure uma proposta laboralizadora, no sentido de concentrar a competência legislativa

Independentemente do caminho a ser seguido, fato é que, em matéria de função pública, a prevalência da isonomia funcional traz maiores benefícios sociais do que a aplicação estanque da autonomia legislativa dos entes federados. Em se tratando do vínculo contratual da função pública, seguindo a tese defendida nesse capítulo, caberá à União editar a Lei Geral para o contrato administrativo de pessoal, de observância necessária pelos entes subnacionais – que poderão, contudo, suplementá-lo de acordo com as suas necessidades. Ressalta-se que essa interposição legislativa poderá se dar mediante a edição de um único diploma (dotado de maior amplitude), ou através da edição de várias leis setoriais ou temáticas, a depender da necessidade de tutela específica da função exercida³⁴⁵.

para a matéria na esfera da União (em semelhança ao que se verifica há muito com DT), está mais conectada à autonomia político-administrativa dos entes federados (e, portanto, a localização da legislação sobre a FP ainda seria vista, por essa doutrina, como reflexo desse poder de auto-organização; e, assim, ainda dentro do DA). Além disso, esse caminho laborizador harmoniza-se com a interpretação assentada acerca do art. 39, caput, da CR, configurado como fonte de uma competência legislativa concorrente cumulativa”. (GOMES, *op. cit.*, p. 374).

³⁴⁵ A título de exemplo, poderão ser editadas legislações nacionais “sobre os profissionais de saúde do SUS; legislação nacional sobre os profissionais da educação pública; legislação nacional sobre os direitos, deveres, procedimentos e processo dos servidores públicos da AP direta; legislação nacional sobre o procedimento de negociação coletiva na FP e do exercício do direito de greve, etc.” (GOMES, *op. cit.*, p. 373).

5 A LEI-QUADRO E O CONTEÚDO JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PESSOAL

Chega-se, então, ao capítulo final do presente trabalho e espera-se que tenha ficado claro ao leitor as razões pelas quais se defende a adoção do contrato, regido pelo regime de direito público, como instrumento ideal para a vinculação entre agente público e o Estado no desempenho da atividade funcional. Os novos traços do direito administrativo contemporâneo e a consolidação do paradigma democrático do Estado de Direito exigem rupturas com antigos dogmas ainda relutantes na prática administrativa brasileira, dentre eles a prevalência da teoria unilateral-estatutária da função pública.

Evidentemente, a implementação do contrato como instrumento relacional entre agente-Estado demanda interposição legislativa, por tratar-se de matéria submetida à reserva de lei (conforme art. 61, § 1º, II, alínea ‘c’, da CRFB/88). Apesar de não figurar como fonte normativa exclusiva do agir administrativo, vez que se convive atualmente com um regime concorrencial de normas e com uma ideia de bloco de legalidade, competirá à lei formal disciplinar matérias de especial relevância para o desempenho funcional, assegurando ao trabalhador público um conjunto de direitos, garantias e deveres para os quais não se admitirá negociação, ou seja, que estarão imunes à consensualidade das partes.

Este capítulo tem, portanto, a missão de concretizar a proposição feita ao longo desse texto, evidenciando as matérias tidas como indispensáveis para figurarem na lei que instituirá o vínculo contratual na relação funcional – intitulada, pra os fins deste trabalho, como lei-quadro –, bem como delimitar o conteúdo jurídico do contrato entre agente-Estado (aqui denominado de contrato administrativo de pessoal), fixando os requisitos objetivos e subjetivos necessários à sua celebração e o objeto negociável entre as partes contratantes – o Estado, como tomador de serviço, e o agente público, na condição de prestador desse serviço.

5.1 A disciplina legal cogente

Estando a Administração Pública vinculada a um regime concorrencial de normas, a lei que disciplinará a relação contratual entre agente-Estado deverá assumir a função de norma geral, incluindo em seu conteúdo apenas o que for estritamente essencial à garantia da organização do sistema funcional, da isonomia entre os agentes públicos contratantes e das matérias reservadas à lei pela Constituição de 1988 (tais como o provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, conforme previsto no art. 61, § 1º, II, alínea ‘c’ da CRFB/88).

Essa lei-quadro deverá ser suplementada pelo contrato administrativo de pessoal, instrumento que discriminará de forma pormenorizada a disciplina jurídica à qual estará vinculado o agente público, fixadas de forma consensual pelas partes contratantes³⁴⁶.

À luz do exposto, entende-se que as matérias dotadas de especial relevância para a função pública e, por isso, carecedores de uma uniformidade pela via legislativa são: os princípios gerais do contrato administrativo de pessoal, os pressupostos de formalização do contrato administrativo de pessoal, os cargos e funções públicas não suscetíveis de contratualização e as sanções disciplinares e o processo administrativo disciplinar dos agentes públicos.

Os tópicos seguintes do presente trabalho cuidarão de descrever os aspectos essenciais das matérias submetidas à competência da lei formal, fixando o alcance e os limites do legislador no regime jurídico da função pública contratualizada.

5.1.1 Princípios gerais do contrato administrativo de pessoal

Os princípios jurídicos são normas estruturantes do sistema normativo, importantes e necessários para a operacionalidade do direito – notadamente quando da solução de casos concretos difíceis (*hard cases*), em que se mostra insuficiente a aplicação estanque de regras meramente prescritivas –, irradiando sua eficácia sobre as diferentes normas jurídicas, na intenção conferir racionalidade lógica ao sistema de normas. Segundo Humberto Ávila, os princípios podem ser definidos como:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, pra cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁴⁷.

No âmbito da Administração Pública brasileira, a Constituição de 1988 tratou de positivizar princípios que nortearão a atividade administrativa de todos os poderes e em todos os entes federados. São eles: o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e, a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência. Para além dos princípios constitucionais expressos, a doutrina administrativista, a

³⁴⁶ O sucesso das proposições defendidas no presente trabalho, notadamente quando avaliadas sob a ótica dos contratos administrativos de pessoal de índole individual, exige a criação de estruturas estatais próprias para a coordenação dessa espécie de contratação, com vistas a otimizar a gestão dos quadros de pessoal do Estado.

³⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 104.

jurisprudência dos Tribunais e o próprio legislador infraconstitucional trataram de estabelecer, em adição àqueles, um extenso rol de princípios a que se encontra submetida a Administração Pública brasileira (muitos deles na condição de implícitos, ou seja, sem qualquer subordinação legal ou constitucional), dando ensejo ao que se intitula de *sistema aberto de princípios*.

Esse cenário da farta criação e utilização dos princípios jurídicos na tomada de decisão administrativa e jurisdicional vem sendo objeto de estudos relevantes na área do direito, sobretudo pelos riscos que geram à concretização da argumentação jurídica: afinal, através da indeterminação ínsita aos princípios, é possível justificar qualquer decisão³⁴⁸. Lenio Luiz Streck deu a esse fenômeno o nome de pamprinciologismo e o conceitua como

uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados.³⁴⁹

Diante do dilema centrado na importância dos princípios para a construção e interpretação do sistema normativo e, por outro lado, nos efeitos nefastos gerados pelo seu uso desmedido, é preciso ter cautela ao propor os princípios que serão aplicáveis ao contrato administrativo de pessoal. E esse cuidado é necessário para que se evite a utilização de conceitos dotados de graus elevados de abstração ou sem qualquer força normativa, que assumirão função meramente retórica e em nada contribuirão para a operacionalidade do direito.

Nesse sentido, para além dos princípios constitucionais expressos, que já vinculam a Administração Pública em toda e qualquer atividade a que se propõe, entende-se que o contrato administrativo de pessoal, ao concretizar o fenômeno da função pública contratualizada, deverá ser norteado pelos princípios da boa-fé (ou lealdade), do acesso à informação, da simplicidade das formas, da colaboração e do equilíbrio contratual (ou justiça contratual). A observância

³⁴⁸ Em crítica apresentada quanto ao uso indiscriminado dos princípios pelos profissionais do Direito, Carlos Ari Sundfeld afirma que essa “popularização” do conteúdo principiológico leva à arbitrariedade, dispensando a análise consequencial de fenômeno jurídico. Nas palavras do autor: “O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam as boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar os princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206).

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 9. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496574>. Acesso em: 28 mar. 2023.

desses princípios propiciará uma negociação justa entre o Estado tomador dos serviços e o agente público prestador desses serviços, evitando questionamentos futuros quanto à validade da avença firmada.

O princípio da boa-fé orienta o modo com as partes deverão se comportar durante todo o processo de acordo, constituição e cumprimento do contrato, sendo a sua aplicação estendida para a fase pré-contratual, contratual e pós-contratual, como condição para o adimplemento total das obrigações firmadas pelas partes contratantes. Segundo Fernando Noronha, tal princípio consiste “no dever de cada parte de agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. Ele é indispensável para tutela da segurança jurídica, para garantia da realização das expectativas legítimas das partes”³⁵⁰.

Em razão da amplitude do conceito atribuído ao princípio da boa-fé, foi ele seccionado, para fins meramente didáticos, em duas diferentes vertentes: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Ao falar em boa-fé subjetiva investiga-se o estado de consciência do sujeito quanto à sua atuação em conformidade com o Direito. “É subjetiva porque, para a sua aplicação, o intérprete deve considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico”³⁵¹. Já a boa-fé objetiva diz respeito ao comportamento manifestado externamente pelo sujeito no transcurso do contrato. Na lição de Ana Cláudia Finger, “diz respeito a um modelo de conduta social, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua conduta a um arquétipo, agindo, tal como agiria o homem reto, de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de retidão e lealdade”³⁵². Nota-se, dessa forma, que o adimplemento ótimo ou ideal das obrigações contratuais exige a presença tanto da boa-fé subjetiva, como da boa-fé objetiva, em verdadeira relação de complementariedade.

Embora tenha encontrado alguma resistência quanto à sua aplicação no âmbito do direito público, o princípio da boa-fé é hoje aceito pelos administrativistas como fonte de vinculação da Administração Pública, notadamente no trato com os particulares. Karl Larenz, já em 1958, afirmou que a manutenção da confiança legítima é indispensável ao tráfego jurídico, devendo a boa-fé ser aplicada de forma indistinta, não só em relações obrigacionais, mas sempre que existir vinculação jurídica, seja de direito público ou de direito privado, de

³⁵⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 18 apud FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2005, p. 37.

³⁵¹ FINGER, *op. cit.*, p. 37.

³⁵² *Ibid.*, p. 37.

direito material ou de ordem processual³⁵³. De forma ainda mais contundente, Gordillo, ao tratar da boa-fé aplicada ao direito público, leciona que “se trata de um princípio general del derecho, aplicable tanto al ámbito privado como al ámbito público, por lo que podemos aqui remitirnos a lo ya escrito en derecho privado”³⁵⁴.

Na condução do contrato administrativo de pessoal, a boa-fé deverá orientar o comportamento assumido por ambas as partes durante a duração do contrato, vinculando, reciprocamente, o Estado contratante e o agente público prestador dos serviços. Especificamente quanto à Administração Pública, a aplicação do princípio da boa-fé exige que ela atribua aos seus representantes os poderes necessários e suficientes para atuarem no âmbito contratual, bem como lhes conceda as prerrogativas necessárias para atuarem em seu nome, evitando questionamentos futuros acerca da validade e eficácia do negócio pactuado³⁵⁵. Quanto aos agentes públicos contratados, espera-se deles o cumprimento esmerado das obrigações firmadas no instrumento contratual e aquelas decorrentes da disciplina legal cogente.

Um segundo princípio aplicável ao contrato administrativo de pessoal é o do acesso à informação, de sorte que “as partes devem reciprocamente prestar as informações que lhe sejam disponíveis e relevantes”³⁵⁶ para a regular celebração do contrato. Esse princípio tem especial aplicação na fase pré-contratual, notadamente no âmbito das negociações e tratativas prévias à formalização do ajuste, por consistir no momento específico em que “as partes discutem termos e condições do negócio, para procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesses”³⁵⁷ e, ato contínuo, fixar as bases do regulamento contratual. Nota-se que a insuficiência ou incorreção do tráfego informacional na fase pré-contratual contaminará as fases seguintes do negócio pactuado, dando ensejo ao inadimplemento ou, eventualmente, à resolução contratual – o que, em se tratando de função pública, é contrário ao interesse social.

³⁵³ Nas exatas palavras do autor: “la salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y, en particular, de toda la vinculación jurídica individual. Por esto, el principio no puede limitarse a las relaciones obligatorias, sino que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido puede concurrir, por tanto, en el Derecho de cosas, en el Derecho procesal y el Derecho público” (LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958. T. 1, p. 144).

³⁵⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: parte general. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. 35 apud FINGER, *op. cit.*, p. 49.

³⁵⁵ Florivaldo Dutra de Araújo aplica as diretivas aqui enunciadas ao comportamento da Administração Pública no procedimento de negociação coletiva na função pública brasileira. Entretanto, releva-se também extensíveis à condição do Estado-contratante no âmbito do contrato administrativo de pessoal, em razão da similitude das posições por ele ocupadas em ambos os negócios jurídicos (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 380).

³⁵⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 382.

³⁵⁷ ROPPO, *op. cit.*, p. 105.

No que concerne ao contrato administrativo de pessoal, o princípio do acesso à informação tem especial relevância para a Administração Pública contratante. Assumindo a condição de parte hipersuficiente da relação funcional, ordenadora do aparato organizacional e conhecedora das reais condições e questões envolvendo o trabalho público, goza ela de tamanho privilégio informacional em relação ao agente público contratado que o princípio em voga se transmuta em verdadeiro *dever de informação* do ente público, que encontra, inclusive, respaldo constitucional no art. 5º, XXXIII, da CRFB/88³⁵⁸.

Antes de se visitar o conceito e aplicação do princípio da simplicidade das formas, é preciso, antes, entender a importância que a forma possui para a dogmática contratual.

A exigência de formas pré-determinadas em lei para certos tipos de negócios jurídicos encontra-se ancorada na persecução de interesses públicos, como, por exemplo, os relacionados à política fiscal, por ser mais prático e seguro a tributação das transferências de riquezas operados por contratos com formas definidas legalmente³⁵⁹, bem como atende a interesses das partes contratantes, ao permitir que, no cumprimento do rigor formal exigido, possam elas refletir e ponderar sobre as manifestações de vontade potencialmente exercidas, protegendo-as de decisões precipitadas. Ponto comum tanto ao interesse público, como ao interesse das partes contratantes é que a forma “torna certo e não controvertido o facto da sua conclusão e o teor das cláusulas que formam o seu conteúdo”³⁶⁰, esclarecendo, desde o início da relação contratual, as posições recíprocas, os direitos e obrigações pactuados, “prevenindo dúvidas e controvérsias sobre dados de facto, e, portanto, possíveis litígios”³⁶¹, que oneram os custos da operação pelos jurisdicionados e embaraçam a atuação regular do Poder Judiciário.

Mas, nos contratos firmados pela Administração Pública, a principal função da forma é garantir a publicidade do ato negocial, permitindo que a sociedade, os órgãos de controle e os demais interessados tenham ciência dos atos praticados pelo poder público. Seria difícil – para não dizer impossível – imaginar o exercício do controle social ou do controle institucionalizado sobre a gestão dos recursos patrimoniais da coletividade, caso os contratos pactuados pela Administração Pública não estivessem materializados em formas escritas, físicas ou virtuais³⁶².

³⁵⁸ Quanto ao ponto, mister ressaltar, na esteira do que vem sendo defendido ao longo deste trabalho, que o direito fundamental de acesso à informação aplica-se, sem restrição, aos agentes públicos que assumirão a função de parte contratada no contrato administrativo de pessoal. O fato de encontrarem-se sujeitos a um vínculo especial de trabalho com a Administração Pública não retira condição que lhes é inata: a de serem sujeito de direito e, por isso, credores de direitos fundamentais.

³⁵⁹ A título exemplificativo, cita-se a exigência feita pelo art. 108 do Código Civil brasileiro de escritura pública para negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país.

³⁶⁰ ROPPO, *op. cit.*, p. 100.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 100.

³⁶² *Ibid.*, p. 100.

Não obstante, apesar da importância atribuída à forma no âmbito do contrato, a ela não pode ser concedido valor absoluto, tornando-a um fim em si mesmo. A forma deve ser vista como instrumento, meio para se atingir a segurança e confiabilidade dos negócios jurídicos, de sorte que, alcançados esses objetivos a despeito da existência de vícios formais, deve ser concedida validade e eficácia à avença. O princípio da simplicidade das formas serve justamente para cumprir esse desiderato, excluindo “rigores formais sem fundamental legal cogente”³⁶³.

Em atenção às considerações feitas até então, o contrato administrativo de pessoal deverá respeitar a forma escrita, viabilizando o controle dos atos praticados pela Administração Pública contratante e garantindo segurança jurídica aos agentes públicos contratados. Sofrerá, contudo, influxo do princípio da simplicidade das formas (já utilizado nos processos administrativos da Administração Pública federal, conforme art. 2º, parágrafo único, inciso IX, da Lei nº 9.784/99), evitando-se a arguição de vícios ou nulidades que não interfiram substancialmente no negócio jurídico pactuado.

O princípio da colaboração, apesar de ter sua origem e relevância no direito do procedimento administrativo, também possui aplicabilidade nos contratos administrativos de pessoal, notadamente em sua fase negocial (que não deixa de ser uma espécie de procedimento que antecede a contratação). À luz do referido princípio, a Administração deve envidar esforços para que a etapa pré-contratual não seja mera formalidade “unilateralmente conduzida pela Administração, mas espaços de diálogo e colaboração”³⁶⁴ destinadas à produção do acordo de vontades. A consensualidade é ínsita à noção de contrato, exigindo a conjugação de vontades para sua perfectibilização junto ao mundo jurídico. Não basta, nesse sentido, uma mera aparência de reciprocidade ou uma fase de negociações meramente formal, sem qualquer efeito prático; é preciso que em ambos os polos da relação jurídica subjacente estejam contratantes e contratados dispostos a influir e a sofrerem a influências das propostas ofertadas.

O princípio da colaboração goza de especial relevância nas relações travadas entre partes assimétricas, como é o caso das relações envolvendo a função pública. Se, de um lado, tem-se o Estado e todo o seu aparato administrativo e fazendário, do outro figura o agente público, pessoa física não detentora dos mesmos recursos informacionais, jurídicos ou econômicos. Nesse sentido, no âmbito do contrato administrativo de pessoal, o princípio da colaboração exige que seja garantido, principalmente na etapa pré-contratual e nas fases de

³⁶³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 385.

³⁶⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 63-64.

negociação, o respeito à manifestação de vontade do agente público contratante. Nessa ocasião, as negativas da Administração Pública contratante deverão ser suficientemente motivadas, sujeitas ao controle dos órgãos superiores competentes e também pelo Poder Judiciário, afastando posições meramente arbitrárias.

Por fim, deve-se afirmar que os contratos, via de regra, são instrumentos reguladores de relações jurídicas que se diferem pelo tempo e que, portanto, estão sujeitas a variantes previsíveis e imprevisíveis que poderão alterar o equilíbrio do negócio jurídico pactuado. Evidentemente, a celebração de contratos envolve riscos ínsitos ao tráfego negocial e que, atuando dentro do limite da razoabilidade, deverão ser suportadas pelas partes (Enzo Roppo afirma se tratar da *álea normal do contrato*³⁶⁵). Entretanto, existem também circunstâncias que fogem à normalidade, escapando, inclusive, da previsibilidade objetiva dos contraentes, exigindo do ordenamento jurídico a sua devida tutela, para que se evite, de um lado, as perdas excessivas e, do outro, ganhos desproporcionais.

O princípio do equilíbrio contratual surge como mecanismo útil para reequilibrar as forças dentro do contrato diante da superveniência de circunstâncias extraordinárias, garantindo a “contemplanção dos interesses legítimos de cada parte, com o qual se liga a exigência de respeito mútuo, para que ninguém realize seus interesses às custas do outro”³⁶⁶. Apesar de quase sempre ser enunciado para a solução de questões econômicas, é preciso ressaltar que o princípio do equilíbrio contratual tem aplicação mais abrangente e a ele caberá tutelar, também, desníveis envolvendo os poderes contratuais e os direitos e deveres entre os contratantes³⁶⁷.

Em razão do interesse social subjacente ao exercício da função pública, essencial para a prestação das atividades materiais do Estado, o contrato administrativo de pessoal deverá ter seus efeitos protraídos pelo tempo, estando sujeito a eventos futuros e incertos, muitas das vezes imprevisíveis quando da celebração do compromisso. Dessa forma, o princípio do equilíbrio contratual deverá atuar nessa espécie de negócio jurídico para evitar o locupletamento indevido das partes, seja da Administração Pública contratante ou do agente público contratado³⁶⁸.

³⁶⁵ Para o autor, estando os riscos dentro da *álea normal do contrato*, “É preciso que o desequilíbrio determinado entre prestação e contraprestação supere a medida que corresponde às normais oscilações de mercado dos valores trocados; se permanece dentro delas, não há razão para libertar dos seus compromissos a parte que sofre um agravamento econômico que podia, muito bem, ter previsto e prevenido” (ROPPO, *op. cit.*, p. 262).

³⁶⁶ FARIAS; NETTO; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 255.

³⁶⁷ BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos**: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 190.

³⁶⁸ Ressalta-se, quanto ao ponto, que o princípio do equilíbrio contratual já vem sendo largamente utilizado nos contratos administrativos, não sendo uma exclusividade proposta apenas aos contratos administrativos de pessoal. O art. 65, II, alínea ‘d’, da Lei nº 8.666/93 e, mais recentemente, o art. 124, II, alínea ‘d’, da Lei nº 14.133/21 contemplam hipóteses de alteração contratual consensual entre as partes contratantes caso haja a superveniência de fatos imprevisíveis que afetem o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Exemplo hipotético de aplicação do referido princípio poderá ocorrer quando, em razão da consensualidade dos contraentes, a remuneração do agente público tenha sido parametrizada pelo grau de desempenho obtido com a atividade desempenhada e sobrevenham circunstâncias fáticas que impossibilitem o regular exercício da atividade funcional (como, por exemplo, a pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2). Nesse caso hipotético, lançando mão do princípio do equilíbrio contratual, os direitos e obrigações de cada parte contraente seriam reavaliados, com vistas a proteger o erário e, ao mesmo tempo, garantir o mínimo existencial ao agente público.

Apesar de listados os princípios considerados indispensáveis para a gestão ótima do contrato administrativo de pessoal e que, por esse motivo, deverão estar previstos na lei-quadro responsável por regular a matéria, questões envolvendo o exercício da função pública não se encontram imunes aos influxos dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, e dos princípios gerais do direito. Alerta-se, contudo, que a aplicação principiológica como fonte integrativa ou como fundamento argumentativo deve estar vinculada a *standards* de proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se a banalização da sua utilização.

5.1.2 Os pressupostos de formalização do contrato administrativo de pessoal

As condições e requisitos indispensáveis para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas é, na dicção do art. 37, I, da CRFB/88, matéria reservada à competência da lei formal, tanto para os brasileiros como para os estrangeiros. Portanto, estando fora do campo negociável do contrato administrativo de pessoal por expressa vedação constitucional, deverão obrigatoriamente estarem endereçadas na disciplina jurídica estabelecida pela lei-quadro.

Longe de pretender esgotar a discussão que envolve os requisitos exigidos para a assunção da condição de agente público, que poderá variar conforme a natureza e o núcleo de atribuições próprias de cada cargo, pretende-se estruturar o conjunto de condições gerais de acesso à função pública, apreensíveis pelo conjunto de disposições constitucionais, por regras que integram o regime jurídico-administrativo e pelos princípios que regem a Administração Pública. Com fins meramente didáticos, os requisitos de acesso aos cargos públicos foram classificados em pressupostos positivos e negativos de formalização do contrato administrativo de pessoal. Evidentemente, a validade desse contrato estará condicionada à conjugação de todos os pressupostos positivos e, em contrapartida, à ausência de todos os pressupostos negativos.

Quanto aos pressupostos positivos de formalização do contrato administrativo de pessoal, a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos é o primeiro requisito a ser preenchido por aquele que pretende assumir a condição de agente público. Essa exigência decorre de verdadeira imposição constitucional positiva no art. 37, II, da CRFB/88, não podendo ser excepcionada pela lei-quadro.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz lecionam que nas “Constituições brasileiras de 1824 e 1937, o direito ao amplo acesso aos cargos e empregos públicos constava expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais”³⁶⁹. A Constituição de 1988, apesar de não repetir essa orientação, adotou um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais (conforme verificado nas disposições do art. 5º, § 2º, da CRFB/88)³⁷⁰, de sorte que, a despeito da ausência de previsão expressa, o direito de ocupar a titularidade de cargos públicos e, conseqüentemente, assumir a condição de agente público continua sendo pautado pelo critério da ampla acessibilidade.

Traço característico do regime democrático e da forma republicana de governo, matrizes ideológicas da Constituição brasileira de 1988 (previstas expressamente no art. 1º, caput, da CRFB/88), reside justamente na possibilidade conferida aos cidadãos de “participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais”³⁷¹. Em decorrência da máxima de que *todo poder emana do povo* (conforme art. 1º, parágrafo único, da CRFB/88), é direito do cidadão e dever do Estado zelar pela acessibilidade ampla aos postos de trabalho no serviço público, de sorte que a lei-quadro, seguindo as diretrizes constitucionais, não poderá impor limitações desproporcionais à assunção dessa condição³⁷².

³⁶⁹ DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 27.

³⁷⁰ Para Ingo Sarlet, “a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de exaustivo, não tem cunho taxativo” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 86 apud DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 27).

³⁷¹ DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 27.

³⁷² No mesmo sentido em que defendido nessa oportunidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano Ferraz pontuam que o “regime democrático é marado pela titularidade do poder conferida aos cidadãos, e de tal assertiva decorre o direito de participar ativamente do exercício e do controle das funções estatais. Por outro lado, o princípio isonômico determina um equânime tratamento dos cidadãos, de acordo com sua situação pessoal, não havendo amparo para tratamento injustificadamente privilegiado ou desfavorecido por parte do Estado. Também não se pode olvidar que, em razão do princípio do interesse público, o concurso deve objetivar selecionar os mais aptos para titularizar as posições estatais, em atendimento ao princípio da eficiência administrativa. Conjugando-se as três ideias, conclui-se que o acesso aos cargos e empregos públicos deve ser amplo e democrático, precedido de um procedimento impessoal onde se assegurem igualdade de oportunidades a todos os interessados em concorrer para exercer os encargos oferecidos pelo Estado, a quem incumbirá identificar e selecionar os mais adequados mediante critérios objetivos”. (DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 27-28).

Para garantir a obediência a essas diretrizes constitucionais, a lei-quadro deverá se ocupar de criar mecanismos que garantam, como adiantado por Miguel Sánchez Morón, a efetiva publicidade dos instrumentos convocatórios que marcam o impulso oficial dos procedimentos administrativos relativos aos concursos públicos; a transparência ao longo de todo o procedimento, viabilizando a interferência dos órgãos de controle e a manifestação do próprio controle social; a imparcialidade e profissionalismo das comissões de seleção, evitando favorecimento pessoal e amiguismos, contrários à impessoalidade ínsita aos concursos públicos; e a adequação entre o conteúdo dos processos seletivos e as atribuições dos cargos públicos em disputa, conduzindo à seleção de agentes mais preparados para o exercício daquele múnus específico³⁷³.

Outro pressuposto positivo de formalização do contrato administrativo de pessoal consiste no atendimento à qualificação técnica necessária para o exercício da função pública. Com o alargamento das prestações materiais a cargo do Estado a partir da consolidação do paradigma social, aliado às sucessivas revoluções tecnológicas e científicas vivenciadas a partir da segunda metade do século XX, o rol de funções públicas cresceu em quantidade e em complexidade, passando a exigir cada vez mais habilidades dos agentes na gestão da coisa pública.

Na esteira do que assentado no subtópico 3.1 do presente trabalho, a Constituição de 1988 adotou o sistema de mérito (*merit system*)³⁷⁴ para fins de seleção e progressão na carreira dos agentes públicos, de sorte que, em igualdade de condições, candidatos menos qualificados serão preteridos em detrimento de candidatos mais bem qualificados. A postura adotada pelo constituinte contribui para a profissionalização da função pública³⁷⁵, dando cumprimento ao princípio da eficiência, ao pretender atrair profissionais cada vez mais capacitados para os pontos de trabalho do Estado.

Diante desse quadro, caberá à lei-quadro disciplinar requisitos mínimos de qualificação técnica exigidos para o exercício da função pública, ficando a cargo dos instrumentos convocatórios dos concursos públicos estabelecerem as condições suplementares necessárias

³⁷³ MORÓN, *op. cit.*, p. 115-116.

³⁷⁴ A adoção do sistema de mérito (*merit system*) não é exclusividade da organização burocrática brasileira, sendo também utilizada para selecionar agentes públicos em outros países, como é o caso da Espanha. A respeito do ordenamento jurídico espanhol, Miguel Sánchez Morón afirma que a “profesionalidad de la función pública, por contraposición a los órganos de elección o designación política (lo que no quiere decir, obviamente, que sus titulares no puedan ser buenos profesionales, pues muchos de ellos se nombran también teniendo en cuenta su capacidad y experiencia en tareas administrativas), se refleja precisamente en algunos de los aspectos esenciales del estatuto a que se refiere el artículo 103.3 CE. En particular, en los criterios de *mérito* y *capacidad* como los únicos que deben regir el acceso a la función pública a la función pública y en la garantía de la *imparcialidad* del funcionario en el ejercicio de sus funciones” (Ibid., p. 46).

³⁷⁵ BARCELLAR FILHO, *op. cit.*, p. 2-3.

para o exercício de atribuições específicas. É preciso ressaltar, contudo, que as capacidades técnicas exigidas pela Administração Pública deverão guardar proporcionalidade com as atribuições do cargo, sob pena de se frustrar a ampla acessibilidade funcional.

O último pressuposto positivo de formalização do contrato administrativo de pessoal refere-se à manifestação de vontade, livre e consciente, do agente público em assumir o cargo para o qual se encontra aprovado em concurso público. A declaração de vontade é elemento essencial de existência do contrato, não sendo exagerado afirmar, como faz Roppo, “que o contrato resulta do encontro ou da fusão das vontades das partes”³⁷⁶. Entretanto, os efeitos jurídicos do contrato estão condicionados à exteriorização da vontade pelo contraente, tornando-a socialmente conhecida, não possuindo relevância a vontade manifestada internamente.

Os meios pelos quais a vontade em concluir o contrato pode ser exteriorizada pelas partes contratantes são vários e, não encontrando óbice legal, são também admitidos pelo ordenamento jurídico e delas dimanam eficácia. Apesar da linguagem, seja ela verbal ou escrita, ser a principal forma de interlocução entre os seres humanos, “a palavra é apenas um dos possíveis sinais com que os homens comunicam entre si, não podendo excluir-se que a vontade de concluir um contrato seja adequadamente manifestada com sinais de tipo diferente”³⁷⁷, por vezes decorrentes de costumes sociais³⁷⁸. Dessa forma, a declaração de vontade, quer se materialize por intermédio da linguagem, quer se valha de outro sinal equivalente, desde que exteriorizada, possua relevância jurídica e, portanto, encontra-se apta a gerar efeitos concludentes ao contrato.

Entretanto, no que concerne especificamente ao contrato administrativo de pessoal, existem circunstâncias especiais que impõem a limitação quanto ao modo em que a declaração de vontade do agente público deverá ser exteriorizada. Encontrando-se a função pública sujeita à fiscalização do controle interno e externo, mostra-se indispensável que a declaração de vontade dos contratantes seja expressa em meios que a viabilizem o exercício das atividades desenvolvidas por aqueles órgãos. Para além do mais, a natureza dessa espécie de contrato e a relevância e interesse público que lhe é inerente exigem a utilização de meios formais para a declaração de vontade, que atraem maior segurança jurídica tanto para a Administração Pública

³⁷⁶ ROPPO, *op. cit.*, p. 93.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 93.

³⁷⁸ Sobre a declaração de vontade manifestada conforme os costumes sociais, Roppo cita que: “no costume camponês de algumas regiões italianas, por exemplo, a compra e venda de gado só se considera efectuada quando as partes apertam as mãos de uma maneira determinada; e na experiência comum, um aceno de cabeça pode equivaler ao pronunciamento de um sim” (*Ibid.*, p. 93).

como para o agente público. Nesse sentido, entende-se que a lei-quadro deverá exigir a utilização da linguagem escrita para as declarações de vontades manifestadas no bojo do instrumento contratual, devendo ser rechaçada a utilização de meios informais para tanto.

Passando aos pressupostos negativos de formalização do contrato administrativo de pessoal, infere-se que a Constituição de 1988, na redação do seu art. 37, XVI, trouxe previsão vedando, como regra geral, a acumulação remunerada de cargos públicos. O constituinte entendeu que “o exercício exclusivo de um único cargo, emprego ou função, com zelo e dedicações integrais”³⁷⁹, contribuiria para a profissionalização da função pública e propiciaria maiores e melhores resultados para o Estado e para a sociedade, em razão da especialização das atividades funcionais³⁸⁰.

Não obstante, relativizando a regra da não cumulação de cargos públicos, a própria Constituição positivou exceções em que será admitido o exercício de mais de uma função pública pelo mesmo agente público. Nas alíneas do art. 37, XVI, da CRFB/88, restou consolidado que, havendo compatibilidade de horários, será admitida a acumulação de dois cargos de professor, de um cargo de professor com outro técnico ou científico³⁸¹ e a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, desde que se tratem de profissões regulamentadas.

Em razão da natureza constitucional dessas disposições, não poderá o agente público que esteja vinculado ao Estado por intermédio do contrato administrativo de pessoal gozar simultaneamente do exercício de outro cargo público mediante a celebração de um novo contrato, devendo optar por um ou outro. As exceções constitucionalmente previstas deverão ser respeitadas, hipóteses nas quais será considerada lícita – apesar de excepcional – a acumulação de cargos públicos remunerados. Com efeito, é dever da lei-quadro tutelar a respectiva vedação constitucional, impedindo a celebração simultânea de mais de um contrato administrativo de pessoal pelo mesmo agente público, salvo nos casos excepcionalmente admitidos.

³⁷⁹ DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 96.

³⁸⁰ MACHADO, Celso Cordeiro. Acumulação remunerada de cargos públicos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 3, 1951, p. 196-197. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/817>. Acesso em: 06 abr. 2023.

³⁸¹ Em razão da ausência de definição constitucional ou legal acerca do que se entenderia por cargo técnico e científico, entende a doutrina que a precisão desses conceitos “deve ser feita com observância da lei que criou os cargos respectivos e lhes atribuiu a execução de atividades determinadas”. DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 97. Para Pontes de Miranda, “exerce cargo técnico-científico aquele que, pela natureza do cargo, nele põe em prática métodos organizados, que se apoiam em conhecimentos científicos correspondentes”. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1973. p. 495.

Outro pressuposto negativo de formalização do contrato administrativo de pessoal refere-se à incidência de hipóteses legais que vedam o acesso aos cargos públicos. Ligadas especificamente ao princípio da moralidade e à manutenção do bom desempenho dos serviços públicos ofertados pelo Estado, as vedações legais de acesso aos postos de trabalho na Administração Pública pretendem afastar do campo funcional os cidadãos que mantenham ou tenham cometido condutas incompatíveis com a ética mínima exigida para o exercício funcional.

O Código Penal, por exemplo, contempla penas restritivas de direitos – que se prestam a substituir eventual condenação a pena privativa de liberdade – que impedem que o sentenciado exerça cargo, função ou atividade pública ou mandato eletivo (art. 47, I, do CP) ou mesmo proíbem-no de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos (art. 47, V, do CP). Dessa forma, incidindo em qualquer uma dessas vedações previstas na legislação penal, estará o indivíduo impedido de integrar, na condição de parte, o contrato administrativo de pessoal.

Ficará a cargo da lei-quadro estabelecer formalmente as hipóteses de vedação de acesso aos cargos públicos, reunindo em um mesmo documento legislativo as demais previsões dispersas pelo ordenamento jurídico, na intenção de conferir tratamento sistemático à matéria.

Em arremate, estando presentes os pressupostos positivos de formalização do contrato administrativo de pessoal e ausentes os elementos negativos, estarão satisfeitas as condições necessárias para a vinculação contratual do agente ao Estado. Recorde-se que, ao positivar esses requisitos junto à lei-quadro, deverá o legislador ordinário atuar em compasso com as disposições constitucionais, pautando-se em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a fomentar a ampla acessibilidade aos cargos e funções públicas. Qualquer pressuposto positivo ou negativo que ultrapasse esses limites estarão em confronto com a forma republicana de governo e com o paradigma democrático do Estado de Direito, previstos expressamente no art. 1º, caput, da CRFB/88.

5.1.3 Cargos e funções não suscetíveis de contratualização

A partir da consolidação do paradigma social do Estado de Direito, o poder público passou a responder por uma série de obrigações sociais que antes, quando organizado sobre as matrizes ideológicas liberais, não eram de sua titularidade ou competência. Questões afetas à saúde, educação, trabalho, transporte, segurança pública e previdência social, por exemplo, deixaram de ser tuteladas exclusivamente pelas relações entre particulares e passaram a integrar

o campo de atuação do próprio Estado, sendo alçadas à condição de direitos dos cidadãos³⁸² e, portanto, exigíveis de plano.

Nessa nova condição, “os particulares tornaram-se intensamente dependentes do Estado, passando a se relacionar com este não mais pontualmente como no Estado Liberal, mas de forma permanente e contínua”³⁸³. Com efeito, o incremento de atribuições do Estado e a ampliação do seu núcleo de relacionamento com os cidadãos implicou em significativo aumento do aparato administrativo, de ordem qualitativa e quantitativa, resultando na ampliação dos quadros de funções públicas e, conseqüentemente, de funcionários para garantir o atendimento contínuo das demandas sociais.

Na experiência brasileira, os dados colhidos por Felix García Lopez e Erivelton Pires Guedes³⁸⁴ comprovam a assertividade dessas conclusões. Segundo os autores, o quantitativo de vínculos públicos ativos em 2017 é cerca de duas vezes maior do que o verificado em 1986, saltando de 5.102.572 para um total de 11.372.475. E a correlação direta entre a expansão das atribuições sociais do Estado e o aumento do funcionalismo fica evidente se analisado o contexto dos municípios brasileiros. Em razão da tendência de municipalização da burocracia pública brasileira, deixando a cargo desses entes a prestação direta “dos serviços que integram o núcleo do Estado de bem-estar”³⁸⁵, foram as municipalidades responsáveis pelo maior aumento de vínculos públicos se comparado aos outros níveis federativos, respondendo por um incremento de 276% do quantitativo de funcionários públicos entre os anos de 1986 e 2017. Segundo conclusões obtidas pelos próprios autores:

A expansão do número de vínculos no setor público se concentrou nos municípios. Os vínculos municipais aumentaram 276%, de 1,7 milhão para 6,5 milhões, entre 1986 e 2017. Essa expansão, ao ritmo anualizado de 4,4%, explica porque os municípios ampliaram a participação de 34% para 57% do total de vínculos no setor público. O movimento de municipalização da burocracia pública brasileira é uma tendência que ocorre desde os anos 1950, acentuou-se nos anos 1970 e continuou após a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir desta, os municípios ampliaram suas competências e atribuições, incluindo o provimento de serviços que

³⁸² Muitos desses direitos, pela indispensabilidade da sua fruição para a manutenção de uma vida digna na sociedade contemporânea, foram elevados ao status de mínimo existencial, que, na definição de Ana Paula Barcellos, “corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento” (BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 230).

³⁸³ NETTO, *op. cit.*, p. 56.

³⁸⁴ LOPEZ, Felix García; GUEDES, Erivelton Pires. **Texto para discussão – Três décadas de evolução do funcionalismo público no Brasil (1986-2017)**. Brasília: Ipea, 2020, p. 9-10. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10169/1/td_2579.pdf. Acesso em: 31 mar. 2023.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 10.

integram o núcleo do Estado de bem-estar – educação, saúde e assistência –, e que respondem por parte expressiva dessa expansão³⁸⁶.

Diante desse quadro fático, pode-se afirmar que, em razão da complexidade que envolve as atividades prestacionais do Estado, a função pública brasileira não é formada por um núcleo homogêneo de agentes públicos, mas marcada por uma heterogeneidade de cargos e atribuições, que desafiam, por consequência, tratamentos jurídicos distintos³⁸⁷. Especificamente quanto à natureza do vínculo, existem algumas funções de Estado que, em razão do desenho institucional que lhes foram conferidas pela Constituição de 1988, encontram-se impossibilitadas de sofrerem os influxos da contratualização.

Tradicionalmente, o legislador ordinário e o constituinte reformista brasileiro – seguido, também, pela doutrina administrativista nacional – tem utilizado o critério das carreiras típicas de Estado para classificar as classes de agentes públicos que sofreriam ou não os impactos das reformas estruturais no âmbito organizacional da função pública. Na Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 18 de agosto de 1995, texto que acompanhou a Proposta de Emenda à Constituição nº 173/95, foi utilizado esse critério para definir os agentes públicos que seriam agraciados com a *estabilidade rígida*, restrita às categorias que desenvolvam funções exclusivas de Estado, e a *estabilidade flexível*, para os demais agentes públicos³⁸⁸. Mais recentemente, quando da Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020, esse critério também foi utilizado para classificar um dos vários vínculos jurídicos entre agente-Estado propostos (sendo eles, i) o vínculo de experiência; ii) o vínculo por prazo determinado; iii) o vínculo por prazo indeterminado; iv) o cargo típico de Estado; e v) o cargo de liderança e assessoramento), que seriam detentores de “garantias, prerrogativas e deveres diferenciados”³⁸⁹.

³⁸⁶ Ibid., p. 10.

³⁸⁷ Sobre a heterogeneidade da função pública contemporânea, Miguel Sánchez Morón, ao tratar do funcionalismo espanhol, chega a conclusões parecidas com as obtidas neste trabalho. Segundo o autor, “hablamos de un conjunto de personal enormemente heterogéneo, cuya heterogeneidad se ha incrementado además en los últimos años. No sólo en términos sociológicos, sino también jurídicos, ya que, sin perjuicio de las normas legales básicas de común aplicación, cada grupo o clase de empleados se rige por normas en buena parte distintas y específicas” (MORÓN, *op. cit.*, p. 64).

³⁸⁸ Consta do referido documento que a estabilidade dos servidores públicos seria regulamentada em dois níveis: “de forma rígida, para as categorias que desenvolvam funções exclusivas de Estado e de forma flexível para os demais funcionários. A estabilidade rígida permitirá a dispensa do servidor por falta grave ou por insuficiência de desempenho, mediante processo administrativo ou judicial. A estabilidade flexível comportará, além das hipóteses anteriores, a possibilidade de desligamento do servidor por necessidade da administração, decorrente de excesso de quadros ou de processos de reestruturação organizacional” (BRASIL. **Legislação Informatizada – Emenda Constitucional nº 19, de 1998 - Exposição de Motivos**. Brasília: Câmara dos Deputados, 18 de ago. de 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 02 abr. 2023).

³⁸⁹ BRASIL. **Proposta de Emenda Constitucional nº 32, de 03 de setembro de 2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>. Acesso em: 02 abr. 2023.

Aplicando a lógica introduzida pelo critério das carreiras típicas de Estado à contratualização da função pública, haveria cargos públicos que, em razão das funções por ele desempenhadas e pelas faculdades que lhe foram atribuídas, não poderiam estar vinculados à Administração Pública pelo contrato administrativo de pessoal, tendo em vista a impossibilidade de aplicação da consensualidade na disciplina do seu regime jurídico. Não obstante, a despeito da validade do critério utilizado e da sua preferência pela classe política nacional, a indeterminação do conceito de carreiras típicas ou exclusivas de Estado gera distorções e inconsistências que não admitem a sua aplicação.

De início, há uma certa dificuldade em se definir o que é e quais são as carreiras ou os cargos classificados como típicos de Estado. A imprecisão e vagueza desse conceito geram alguns questionamentos, como: qual o parâmetro viria ser utilizado pelo poder constituinte reformador ou mesmo pelo legislador para definir quais são as funções típicas de Estado? O mesmo conceito de função típica de Estado aplicável para a União também seria válido para Estados, Distrito Federal e Municípios? Todos que exercem funções públicas não estariam exercendo funções exclusivas de Estado?³⁹⁰

Apesar do impasse, o Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado (FONACATE) oferta um conceito para o que seriam as carreiras típicas de Estado, definidas como “aquelas que exercem atribuições relacionadas à expressão do Poder Estatal, não possuindo, portanto, correspondência no setor privado. Integram o núcleo estratégico do Estado, requerendo, por isso, maior capacitação e responsabilidade”³⁹¹. Segundo o respectivo Fórum, integram as carreiras típicas de Estado as atividades relacionadas à fiscalização agrária, agropecuária, tributária e de relação de trabalho, arrecadação, finanças e controle, gestão pública, comércio exterior, segurança pública, diplomacia, advocacia pública, defensoria pública, regulação, política monetária, inteligência do Estado, planejamento e orçamento federal, magistratura e ministério público³⁹².

Como se nota, o rol de atividades consideradas exclusivas ou típicas de Estado pelo Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado é amplo e dotado de contornos extremamente abstratos, impedindo que se afirme, com a devida precisão, quais são, de fato, os cargos e funções que integram o núcleo sensível da atuação estatal. Para além do mais, a definição apresentada pelo respectivo Fórum para a expressão carreiras típicas de Estado filia-

³⁹⁰ SIMÕES, *op. cit.*, p. 81-82.

³⁹¹ O FONACATE. **FONACATE– Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado, c2022.** Disponível em: <https://fonacate.org.br/o-fonacate/>. Acesso em: 02 abr. 2023.

³⁹² *Ibid.*

se a um isolacionismo da estrutura organizacional da Administração Pública, olvidando-se da tendência cada vez mais multipolar³⁹³ da sua atuação, “pautada pela interpenetração e pela intersetorialidade, exigindo uma atuação transversal entre cargos, carreiras e órgãos para o cumprimento de metas e objetivos comuns”³⁹⁴. Nesse sentido, a grande maioria dos cargos e funções públicas acabam por exercer, em alguma medida, a manifestação do poder estatal e a integrar ou, ao menos, contribuir com as atividades consideradas estratégicas para o Estado.

Diante dessa celeuma, entende-se que a restrição à contratualização em relação a determinados cargos e funções públicas deve se orientar por um critério que forneça segurança jurídica tanto para a Administração Pública como para os agentes públicos. Propõe-se, como alternativa, a adoção do critério do perfil institucional constitucional, de modo que não estarão vinculados ao contrato administrativo de pessoal os servidores públicos que exerçam as atividades-fim de poderes, órgãos ou entidades que tenham seu perfil institucional desenhado pela própria Constituição de 1988, não havendo, portanto, objeto negociável do seu regime jurídico, que será estabelecido por via da interposição legislativa.

Em análise à Constituição brasileira de 1988, verifica-se que integram o rol de carreiras que tem seu perfil institucional traçado constitucionalmente e que, nesse sentido, não se vinculariam ao Estado por meio do contrato administrativo de pessoal, os membros do Poder Judiciário (art. 92 e seguintes da CRFB/88), do Ministério Público (art. 127 e seguintes da CRFB/88), da Advocacia Pública (art. 131 e 132 da CRFB/88), da Defensoria Pública (art. 134 da CRFB/88), das Forças Armadas (art. 142 da CRFB/88), dos Tribunais de Contas (art. 70 e seguintes da CRFB/88) e os integrantes das carreiras de segurança pública listadas no rol do art. 144 da CRFB/88³⁹⁵.

³⁹³ Segundo Eurico Bitencourt Neto, “outra dimensão da multipolaridade da Administração contemporânea, manifesta-se em sua atuação interna, em que a clássica divisão estanque de atribuições e competências entre os vários serviços e órgãos públicos é paulatinamente substituída, ao menos no que toca aos grandes serviços, pela interpenetração de atribuições e pela intersetorialidade das políticas públicas a seres realizadas ou reguladas pelas estruturas da Administração Pública. É o caso de uma organização compartilhada de serviços públicos, em que o cumprimento das metas e objetivos de um dependem do cumprimento de metas e objetivos do outro. (...) A multipolaridade interna da atuação administrativa decorre da transversalidade de boa parte dos serviços administrativos contemporâneos, perdendo sentido uma organização administrativa setorializada e estanque. As políticas públicas e sua execução são, cada vez mais, transversais aos diversos órgãos públicos, formando-se uma rede de múltiplos polos de atuação, que exige coordenação, harmonização, coesão, que se asseguram adequadamente por meio de um procedimento de concertação ou contratualização”. (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 130).

³⁹⁴ SIMÕES, *op. cit.*, p. 83.

³⁹⁵ Para os fins deste trabalho, filia-se o autor à posição que posiciona os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas na classe de agentes públicos, não lhes conferindo o status de agentes políticos. Isso, porque, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz, “A ideia de agente político, liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo: Administração Pública) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo: administração pública). (...) Compreende, basicamente, as atividades de direção e as colegislativas, ou seja, as que

Por fim, é importante ressaltar que, nos termos como defendidos nos capítulos segundo e terceiro deste trabalho, a contratualização da função pública deve ser entendida como regra na vinculação do Estado ao agente público, por ser o contrato o instrumento de vinculação mais consentâneo com o paradigma democrático do Estado de Direito e com o novo perfil da Administração Pública contemporânea, cabendo à lei-quadro excepcionar a utilização do contrato administrativo de pessoal apenas nos casos em que a Constituição já tenha estabelecido o perfil institucional dos poderes, órgãos ou entidades a que estiver vinculado o agente público.

5.1.4 As sanções disciplinares e o processo administrativo disciplinar

A hierarquia administrativa existente no âmbito funcional dá origem ao poder disciplinar, “em virtude do qual o superior, por meio de suas atividades supervisoras que venham a detectar irregularidades cometidas pelo funcionário, aplica-lhe uma sanção disciplinar variável de acordo com a gravidade do ilícito”³⁹⁶. Esse poder disciplinar tem origem na relação especial existente entre o Estado e os agentes públicos – não extensível, portanto, aos particulares –, tendo sua incidência condicionada à “transgressão ao ordenamento jurídico especial a que se encontram submetidos os agentes públicos”³⁹⁷, autorizando a aplicação de medidas afritivas (as sanções disciplinares) como forma de garantir a prestação escoreita das atividades funcionais e a eficiência dos serviços ofertados pelo Estado.

É preciso distinguir da noção de poder disciplinar o conceito de poder de polícia, tendo em vista que aquele exige, para sua aplicação, a existência de vinculação específica entre o agente público e o Estado, bem como a presença da hierarquia administrativa, situação não verificada neste último – aplicável, portanto, aos particulares. Por outro lado, os objetivos pretendidos pela manifestação desses poderes também são diversos: enquanto o poder disciplinar preocupa-se exclusivamente com a adequação legal das condutas praticadas pelo

implicam a fixação de metas, de diretrizes, ou de planos governamentais. Essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou do Governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política de Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*. Matérias em que o Poder Judiciário participa do processo legislativo, por exemplo, dizem respeito a questões internas dos órgãos judiciários ou da magistratura (v.g., art. 93, caput e II, b), incluídas as deliberações do Conselho Nacional de Justiça (art. 92, I, a). O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o primeiro exercendo uma das funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia, e o segundo a função de auxiliar do Legislativo no controle sobre a Administração” (DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 3-4).

³⁹⁶ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**: o caos dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 268.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 269.

servidor público, o poder de polícia, através de prescrições e induções, objetiva conformar os direitos de liberdade e propriedade dos particulares aos mais caros interesses estatais protegidos pelo ordenamento jurídico³⁹⁸. De igual maneira, o poder disciplinar não se confunde com o poder punitivo penal do Estado, tendo em vista que, sob o ponto de vista teleológico, o direito penal, como última *ratio*, tem sua aplicação reservada aos atos que atentem contra “os valores essenciais sobre os quais se fundamenta a ordem social e unem a comunidade”³⁹⁹, ficando o poder disciplinar reservado à “defesa dos interesses menos prioritários, cujo não-reconhecimento não compromete a coesão do grupo social, ou então de infrações menos graves que não necessitam da mobilização do corpo judiciário”⁴⁰⁰.

Apesar da existência de traços distintivos entre o poder disciplinar, o poder de polícia e o poder punitivo penal, não se pode desconsiderar o fato de que essas três espécies de manifestação da potestade estatal encontram-se catalogadas no conjunto de atividades sancionatórias do Estado⁴⁰¹. Em decorrência dessa feição subjetiva comum, é possível afirmar que os princípios e garantias constitucionais que regem o sancionamento penal são extensíveis à atividade sancionatória administrativa – com algumas matizações, é verdade –, destacando-se, para os fins deste trabalho, “a previsão legal dos comportamentos ilícitos e da cominação

³⁹⁸ Sobre o conceito contemporâneo do poder de polícia, cunhado sob os contornos do paradigma democrático do Estado de Direito, Gustavo Binimbojm leciona que “o poder de polícia apresenta-se na atualidade como uma ordenação social e econômica que tem por objetivo *conformar* a liberdade e a propriedade, por meio de *prescrições* e *indução*s, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesses da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição. Cuida-se, assim, de um conjunto de regulações sobre a atividade privada, desvinculadas ou complementares a reações especiais de sujeição (estatutárias ou contratuais), dotadas ou não de força coercitiva, conforme o caso, que erigem um sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis, de acordo com objetivos político-jurídicos predeterminados” (BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 69).

³⁹⁹ MODERNE, Frank. **Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle**. Paris: Economica, 1993, p. 127 apud SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**: o caos dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 269.

⁴⁰⁰ MODERNE, *op. cit.*, p. 127 apud SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**: o caos dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 269.

⁴⁰¹ Apesar do poder de polícia, o poder disciplinar e o poder punitivo penal encontrarem-se inseridos no rol de atividades sancionatórias do Estado, não se pode afirmar, de acordo com a doutrina brasileira, a existência de uma potestade punitiva única do Estado. De acordo com Fábio Medina Osório, o regime jurídico existente entre a sanção administrativa e a sanção penal não permite se falar em uma concepção unitária do direito sancionador do Estado, tendo em vista que os influxos dos direitos fundamentais se apresentam de forma diferentes nesses dois âmbitos punitivos, matizações admitidas que impedem uma construção dogmática única. A esse respeito, Osório afirma que “a unidade de pretensão punitiva do Estado é uma frágil construção teórica, que se situa no plano retórico e não no mundo prático das concretas relações sociais submetidas ao crivo dos julgadores” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 135).

das penas; a garantia do devido processo legal dotado, por sua vez, de contraditório e ampla defesa, que, no caso brasileiro, resta expressamente estendida ao processo administrativo”⁴⁰².

Nesse sentido, com fundamento no art. 5º, XXXIX, da CRFB/88 (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), entende-se que, em matéria de sancionamento disciplinar, exige-se a edição de lei formal (legalidade) que tipifique (tipicidade) as condutas vedadas aos agentes públicos, bem como as respectivas penas que serão aplicadas em caso de eventual transgressão. Essa proteção constitucional inserida na persecução do ilícito administrativo objetiva garantir previsibilidade e segurança jurídica aos agentes públicos, cerceando posturas arbitrárias da Administração Pública quando do exercício do poder disciplinar.

Se no âmbito penal a legalidade e a tipicidade possuem contornos quase absolutos, muito em razão da proteção constitucional dada à liberdade de locomoção, com flexibilizações admitidas apenas nos casos das normas penais em branco, no âmbito do sancionamento disciplinar o uso dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais, bem como da atividade regulamentar típica da Administração Pública, impedem a obediência estrita a essas diretrizes⁴⁰³. Há, nesse último regime, “inevitavelmente, menor incidência da garantia de prévia definição, *pelo legislador*, do tipo infracional, com o conseqüente *aumento das competências da Administração*”⁴⁰⁴.

A obediência ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa também encontram previsão constitucional, estando cristalizados no art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88, respectivamente, informando que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

⁴⁰² SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**: o caos dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 270-271.

⁴⁰³ Clarissa Sampaio Silva, ao tratar da relativização da legalidade e tipicidade no âmbito do poder disciplinar, entende que, apesar de existente, tal expediente não pode se dar ao arrepio da reserva legal, de sorte que o ilícito administrativo deve, de alguma forma, encontrar previsão em lei, ainda que não seja total e, portanto, admita complementação por intermédio da atividade administrativa reguladora ou da interpretação atribuída aos conceitos jurídicos indeterminados ou das cláusulas gerais. Nas palavras da autora, a relativização da legalidade e da tipicidade nas relações decorrentes da hierarquia administrativa podem “ser justificadas tanto na existência de prévia definição das diversas obrigações funcionais que contribuem, decisivamente, para a configuração do ilícito, o qual não há de se apartar de suas balizas, bem como na multiplicidade de comportamentos que o agente público pode adotar, não sendo possível prever todos aqueles que possam causar prejuízo à ordem administrativa, de modo a merecerem o enquadramento como ilícito. É inconcebível, todavia, para considerar dada conduta como tal, dispensar a previsão legislativa, ainda que mínima, devendo a contenção do legislador possuir razão de ser, sob pena de restar configurado indevido enfraquecimento da garantia constitucional. Em suma, não é o rótulo relação de especial sujeição que autoriza a flexibilização dos tipos normativos em matéria disciplinar dos agentes públicos, mas é a pré-existência de deveres funcionais, voltados que são à ordem administrativa interna e às exigências de bom andamento dos serviços, que legitima a edição de normatividade com as características acima apontadas” (Ibid., p. 273-274).

⁴⁰⁴ Ibid., p. 272.

acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Nessas condições, o devido processo administrativo disciplinar tem a missão de instituir procedimento dialógico no âmbito da atividade sancionatória do Estado, permitindo ao agente público influir na construção da decisão administrativa final, como exigência do perfil democrático que assume o Estado de Direito contemporâneo.

Tal como ocorre com a legalidade e a tipicidade, no âmbito do processo administrativo disciplinar, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa têm aplicação menos ortodoxa do que aquela verificada no âmbito do processo destinado à apuração dos ilícitos penais. Para além da limitação dos instrumentos recursais e revisionais, mais numerosos no processo penal, e assente na jurisprudência brasileira a prescindibilidade de defesa técnica no âmbito do processo administrativo disciplinar, tendo sido objeto, inclusive, de Súmula Vinculante (Súmula Vinculante nº 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição⁴⁰⁵).

À luz das considerações até então formuladas, notadamente no que concerne às garantias constitucionais aplicadas ao exercício do poder administrativo disciplinar, afirma-se que as sanções disciplinares e o procedimento administrativo disciplinar⁴⁰⁶ dos agentes públicos constituem matérias reservadas à lei-quadro, não estando inseridas no objeto negociável que comporá o contrato administrativo de pessoal.

Tema já trabalhado nos capítulos segundo e terceiro desse texto, refere-se à postura consensual adotada pela Administração Pública hodierna. Se sob a égide do Estado Liberal o poder público adotava como matriz de atuação a figura do ato administrativo unilateral, a superveniência do paradigma democrático do Estado de Direito exigiu a revisitação desse conceito, passando a Administração Pública a incorporar em sua filosofia comportamental instrumentos pautados na consensualidade. Inevitavelmente, essa guinada paradigmática do agir administrativo vêm produzindo efeitos sobre toda a dogmática administrativa – tendo como exemplo a substituição do vínculo estatutário da função pública pelo vínculo contratual, proposta defendida ao longo deste trabalho –, inclusive no exercício da atividade sancionatória.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5**. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1199>. Acesso em: 30 abr. 2023.

⁴⁰⁶ Apesar da força normativa atribuída à Constituição, não mais vista como mero programa político editado pelo constituinte originário, e da aplicabilidade imediata do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, ainda se mostra imprescindível a interposição legislativa para a fixação das regras procedimentais que instruirão o processo administrativo disciplinar, não como forma de sua garantia – que já se faz estabelecida constitucionalmente –, mas como meio de coordenar a atuação das partes na persecução dessas premissas constitucionais.

De acordo com Juliana Bonacorsi de Palma, os instrumentos consensuais no direito administrativo brasileiro, seguindo a experiência comparada, podem estar previstos de forma esparsa pelo ordenamento jurídico, encontrando sua disciplina jurídica nos diversos diplomas normativos que os estabeleçam (nesses casos, tem-se a adoção de um *modelo de previsão normativa difusa* da atuação administrativa consensual). Por outro lado, tais instrumentos consensuais também podem encontrar previsão em “permissivo autorizativo genérico à Administração Pública para que celebre acordos administrativos, sem prejuízo de normas especiais que disponham mais especificamente sobre a dinâmica da atuação consensual”⁴⁰⁷ (nessa hipótese, incidiria o *modelo de previsão normativa por permissivo genérico*). Nesse último caso, sustenta a autora, “a Administração Pública como um todo estaria, *a priori*, legitimada a celebrar acordos administrativos independentemente de previsão, ou não, em norma específica”⁴⁰⁸.

Se para as situações decorrentes do exercício do poder de polícia o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) assumiu a função de permissivo genérico para a celebração de acordos pela Administração Pública⁴⁰⁹ (adotando o legislador ordinário o modelo de previsão normativa por permissivo genérico), ainda não há consenso na doutrina administrativista brasileira quanto à possibilidade da sua aplicação como fundamento normativo para formulação de acordos no âmbito do poder disciplinar.

Nesse sentido, em atenção à segurança jurídica do agente público e da própria Administração Pública, a adoção de instrumentos consensuais na atividade sancionatória disciplinar dependerá de previsão normativa específica, que deverá estar encartada nas disposições que irão compor a lei-quadro (será adotado, portanto, o modelo de permissão normativa difusa da atuação administrativa consensual). Assim como verificado no acordo de

⁴⁰⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 189. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em: 04 abr. 2023.

⁴⁰⁸ PALMA, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁰⁹ Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro cuida de “relevante previsão da introdução do consenso no exercício do poder extroverso estatal. Isso porque a consagração da consensualidade no direito brasileiro é um movimento que tem sido levado a efeito de forma segmentada. Nas últimas décadas, vários atos normativos previram formas de materialização da consensualidade administrativa, como a previsão de consultas e audiências públicas prévias à edição de normativos, bem como uma plêiade de dispositivos que disciplinaram espécies díspares de acordos substitutivos. A nova LINDB (Lei nº 13.655/2018), por intermédio do seu art. 26, dá um importante passo para a consagração definitiva desse vetor no Direito brasileiro. (...) Ademais disso, temos que o dispositivo em comento servirá como um permissivo genérico para a celebração de acordos, no âmbito da função de polícia administrativa”, endereçando soluções para a formulação de acordos integrativas, substitutivos ou de complementação (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 100-102).

não persecução cível da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), caberá ao legislador estabelecer as condições, os limites e o objeto dos acordos substitutivos⁴¹⁰ de sanções, que poderão apresentar como resultados a não instauração do processo administrativo disciplinar, a suspensão do processo administrativo disciplinar até o cumprimento dos termos acordados, com a sua consequente extinção, e, até mesmo, a substituição das sanções aplicadas, quando entenderem conveniente as partes celebrantes⁴¹¹.

5.2 O conteúdo jurídico do contrato administrativo de pessoal

A proposição da relação contratual entre Estado e agente público instaura a concorrência normativa no âmbito funcional, que passará a não ser mais regulada exclusiva e unilateralmente pela disciplina legal. Nesse estado de coisas, o contrato administrativo de pessoal assume, ao lado da lei-quadro, o status de fonte normativa da função pública, prescrevendo direitos e obrigações para ambas as partes, que passarão a ser estabelecidos através do consenso.

A conjugação da disciplina legal e contratual⁴¹² reserva à lei-quadro a competência para tratar sobre os “elementos básicos e essenciais”⁴¹³ da relação funcional. Restou assentado nos tópicos anteriores deste trabalho que caberá à lei tratar sobre os princípios gerais do contrato administrativo de pessoal, vetores importantes para a integração e interpretação dessas avenças; os pressupostos positivos e negativos de formalização dessa espécie de contrato administrativo; os cargos e funções não suscetíveis de contratualização; e as questões envolvendo as sanções disciplinares e o processo administrativo disciplinar.

⁴¹⁰ De acordo com Juliana Bonacorsi de Palma, nos acordos substitutivos “há a terminação consensual do processo administrativo por meio da celebração de acordo administrativo entre a Administração Pública e o administrado. Por meio de ato bilateral, resultado do encontro de vontades, a Administração Pública deixa de emitir ato imperativo e unilateral ou encerra consensualmente o procedimento instaurado para tanto. Nota-se, assim, o caráter alternativo da medida concertada à atuação administrativa típica, que necessariamente importa na terminação do processo administrativo ao qual o acordo esteja atrelado” (BONACORSI, *op. cit.*, p. 190).

⁴¹¹ BONACORSI, *op. cit.*, p. 192.

⁴¹² Ao tratar dessa conjugação de fontes normativas na relação funcional, Francisco Liberal Fernandes deixa claro que o regulamento contratual não impõe um corte absoluto com a disciplina legal, mas sim uma posição de coordenação, cabendo à lei fixar as bases gerais da função pública, enquanto o contrato cuidará das questões acessórias, normalmente vinculadas ao patrimônio jurídico individual dos agentes públicos (remuneração, jornada de trabalho, progressões funcionais, bonificações por produtividade, etc.). Nas palavras do autor: “a concepção laboral da função não impõe um corte absoluto com todo o regime clássico, nem se mostra incompatível com a subsistência de algumas manifestações unilaterais na regulamentação daquele vínculo, nomeadamente no que respeita à competência para fixar as bases gerais da função pública. Aliás, uma escolha deste tipo não é de estranhar dada a importância que o trabalho público assume para o Estado. Porém, o que se encontra definitivamente ultrapassada é a ideia de que o legislador ordinário continua a desfrutar de um poder ilimitado em matéria de fixação dos direitos dos funcionários, tal como se estes fossem concebidos como um *alium* relativamente aos do cidadão comum e aos do trabalhador privado” (FERNANDES, Francisco Liberal. **Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração**: crise do modelo clássico de emprego público. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 31).

⁴¹³ NETTO, *op. cit.*, p. 285.

Ficará a cargo dos tópicos seguintes, portanto, tecer considerações acerca das questões negociáveis pelo Estado e agente público atinentes à relação funcional, que irão compor o objeto negocial do contrato administrativo de pessoal, modelando o seu conteúdo jurídico. Tendo em vista a amplitude dos possíveis acordos envolvendo a prestação de trabalho subordinado ao Estado, não se tem como objetivo tecer comentários sobre cada um deles – o que seria impossível de ser realizado de forma apriorística, sem a observação do caso concreto –, mas traçar diretrizes que poderão orientar as futuras negociações.

5.2.1 Negociação coletiva e os contratos coletivos

O tratamento dispensado à função pública sempre esteve atrelado à filosofia comportamental adotada pelo Estado em suas manifestações. Sob a égide do paradigma liberal, a concepção de um Estado forte e substancialmente abstencionista em relação aos direitos sociais fez com que os agentes públicos não fossem vistos como verdadeiros sujeitos de direitos, mas sim como órgãos da estrutura administrativa, subordinados aos impérios da potestade estatal. Nessa época, sequer entendia-se que os agentes públicos prestavam trabalho, sendo a sua remuneração compreendida como uma compensação pela restrição do tempo livre em proveito do interesse público⁴¹⁴. Evidentemente, essa submissão rígida dos agentes públicos ao Estado inviabilizava qualquer movimento de resistência, sendo impensável cogitar a existência de conflitos internos entre as partes.

O florescer dos paradigmas social e democrático do Estado de Direito marcou a ruptura com as ideias estabelecidas pelas vertentes liberais e, no campo funcional, sinalizou a emancipação dos agentes públicos em relação à estrutura organizacional da Administração (a noção de funcionário público como órgão do Estado, decorrente da concepção orgânica do poder público, não guarda mais correspondência com a realidade fática) e viabilizou a influência dos direitos fundamentais nas relações intra-administrativas. Como efeito desse giro paradigmático, os funcionários públicos foram reconhecidos como “prestadores de serviço em troca de certa remuneração e, como todo trabalhador, pretendem que esta seja a melhor ou mais justa possível, além de reivindicarem as melhores condições possíveis para seu trabalho”⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Essas conclusões decorrem das lições de Florivaldo Dutra de Araújo, segundo o qual, no Estado Liberal, os “agentes públicos não prestavam *trabalho*, tal como ocorria entre empregados e patrões na economia privada, no sentido de que não se admitia o exercício de tarefas públicas como prestação de serviços em troca de remuneração para o sustento pessoal e familiar. Os vencimentos dos servidores do estado eram apenas compensação pelo abandono do trabalho e da economia privada em favor do interesse público” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 229).

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 230.

Diante desse quadro fático, a função pública deixou de ser vista como objeto de tutela exclusiva dos interesses do Estado e passou a ser estruturada a partir da composição de interesses – que não necessariamente são antagônicos ou divergentes: de um lado estão os agentes públicos, munidos de um conjunto de reivindicações, e, de outro, a Administração Pública, preocupada com a persecução dos fins do Estado. Sob essa nova lógica, torna-se possível a existência de interesses contrapostos e, conseqüentemente, que surjam conflitos⁴¹⁶ entre as partes, que devem ser ordenados em nome do regular exercício funcional.

A negociação coletiva surge, então, como instrumento capaz de prevenir e solucionar os conflitos existentes no âmbito interno da função pública. Como expressão do paradigma democrático do Estado de Direito e da consensualidade administrativa, característica ínsita da “nova” Administração Pública, a composição de interesses por intermédio de institutos dialógicos encontra respaldo no direito administrativo contemporâneo. Entretanto, a ausência de disposição constitucional ou legal expressa que habilite a negociação coletiva na função pública vem sendo utilizado como argumento retórico para negar a utilização desse instrumento no regime jurídico-administrativo.

Ocorre que uma análise cuidadosa do texto constitucional, somada às aspirações democráticas e pluralistas trazidas pela Constituição de 1988⁴¹⁷, permitem afirmar que as negociações coletivas na função pública integram o rol de direitos e garantias ofertados aos servidores públicos.

A Constituição brasileira garantiu aos funcionários do Estado o direito à livre associação sindical (art. 37, VI, da CRFB/88), conferindo a esta classe a possibilidade de reivindicar junto ao poder público as suas pretensões. A instituição desse canal comunicativo entre servidores e Administração exige, contudo, a concessão dos meios necessários para o alcance dessa finalidade: afinal, não parece lógico e nem coerente fomentar o debate sem que sejam oferecidas condições para a sua efetivação. Nesse contexto, o direito de greve (art. 37, VII, da CRFB/88)

⁴¹⁶ O conflito entre os trabalhadores subordinados e os empregadores nasceu no setor secundário da economia, fruto de reivindicações do proletariado frente à postura predatória assumida pelo capital, sendo intitulado, portanto, como *conflito industrial*. Com o alargamento da noção de trabalho, passando a acobertar uma série de relações jurídicas antes despidas dessa condição, a noção de conflito industrial foi ampliada para “todas as hipóteses de conflito com a *autoridade* exercida pela organização empresarial, independente do fato de constituir expressão da propriedade capitalista. De fato, o conflito também se manifesta nas empresas de propriedade pública e até na estrutura burocrática do Estado e de outros órgãos públicos” (GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. São Paulo: LTr, 1991, p. 16 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 230). Florivaldo Dutra de Araújo sugere, por consequência, que a expressão conflito industrial seja substituída pelo conflito de trabalho, “inerente a todas as relações em que comparecem o trabalhador subordinado e o empregador *lato sensu*, ou seja, o beneficiário do trabalho prestado”, integrando ou não a estrutura de Estado, seja ele público ou privado (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 230).

⁴¹⁷ Ibid., p. 361.

surge como meio típico para que os agentes públicos, em força coletiva, consigam lograr êxito nas suas reivindicações.

Contudo, alternativa menos onerosa⁴¹⁸ e mais pacífica é encontrada na negociação coletiva, que constitui meio atípico (ao menos para a função pública), mas também com assento constitucional, para o atingimento dessas mesmas finalidades. Se o art. 114, §§ 1º e 2º, da CRFB/88, tipifica a negociação coletiva como instrumento de solução de conflitos para os trabalhadores privados, não há razão para negar sua utilização no âmbito da função pública sob o argumento de uma possível violação à legalidade⁴¹⁹. Nesse aspecto, as conclusões de Guanter feitas ao direito da função pública espanhol tem aplicação também no caso brasileiro, de modo que “não parece factível e nem coerente que um estado que impõe a negociação coletiva no setor privado como método fundamental na ordenação das condições de trabalho, negue esse direito, com todas as particularidades que se desejem, a seus próprios trabalhadores”⁴²⁰.

Sendo juridicamente possível e constitucionalmente admitida a negociação coletiva na função pública brasileira, deve-se esclarecer que, apesar de historicamente vinculada à solução de conflitos entre as forças de trabalho e o tomador desses serviços, tal instrumento não tem sua atuação restrita a essa finalidade. Os acordos firmados entre os agentes públicos organizados coletivamente e o Estado podem assumir função preventiva, evitando a ocorrência de conflitos através da pactuação prévia e consensual de regras, ou mesmo serem utilizados para a celebração de contratos coletivos.

Como ressalta Florivaldo Dutra de Araújo, “a regulamentação de interesses coletivos por via de pactos nos quais se possam inserir entes da administração pública não é novidade no direito positivo brasileiro”⁴²¹. O administrativista mineiro cita que o art. 107 do Código de

⁴¹⁸ De acordo com Florivaldo Dutra de Araújo, a greve, sempre que possível, deve ser evitada, em razão dos custos diretos e indiretos causados aos servidores, administração pública e cidadãos. A paralisação da máquina pública desestabiliza a coesão social e impede a fruição dos serviços públicos ofertados diretamente pelo Estado, devendo ser precedida por instrumentos pacíficos de solução de conflitos – tal qual a negociação coletiva –, assumindo o status de *ultima ratio* (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 361).

⁴¹⁹ Refutando tal argumento, Florivaldo afirma inexistir contradição entre a negociação na função pública e a observância ao princípio da legalidade. De acordo com o autor, “Embora seja correto que o administrador só pode fazer aquilo para o que a lei lhe atribuiu competência, isso não o transforma em autômato e nem exclui que, para além de atos unilaterais, vinculados ou discricionários, possa ele também se servir de instrumentos bilaterais no exercício das suas funções”. E segue afirmando que, sendo a negociação coletiva instituto decorrente da própria Constituição, “ao exercer tal atribuição, o poder público estará realizando atividade juridicamente embasada. Pode e deve ainda mais reforçar esse embasamento a regulação da matéria, pelo legislador, ao elaborar o regime jurídico dos servidores” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 363).

⁴²⁰ REY GUANTER, Salvador Del. Libertad Sindical y Funcionarios Públicos. In: RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. **Comentarios a la Ley de Libertad Sindical**. Madrid: Tecnos, 1986, p. 130 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 362.

⁴²¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 406.

Defesa do Consumidor (CDC) admite a convenção coletiva de consumo, celebrada entre entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica, com o objetivo de regular as “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”. E sobre a participação de entes da administração pública na convenção coletiva de consumo, o autor leciona que:

(...) 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 consórcio público, sob a forma de associação, para gestão conjunta de determinado serviço público prestado em uma região. Para regular as relações com os usuários, essa associação pode firmar convenção coletiva com entidades associativas dos respectivos consumidores.⁴²²

Com fundamento nesse arcabouço teórico e normativo, revela-se também possível a celebração dos contratos administrativos de pessoal coletivos, como forma de regulação consensual geral da disciplina jurídica negociável das atividades funcionais. Trata-se de instrumento importante para a persecução dos interesses dos agentes públicos, seja na busca por remunerações mais justas ou por melhores condições laborais, tendo em vista que, organizados coletivamente, possuem maiores chances de sucesso nas negociações travadas com o poder público.

Contudo, em razão da natureza e relevância das questões que envolvem o contrato administrativo de pessoal coletivo, a celebração desses acordos envolve cuidados adicionais que apontam para um maior rigor formal se comparado com o contrato administrativo de pessoal individual.

De início, a contratação coletiva dos agentes públicos, tal qual ocorre com as convenções coletivas no direito do trabalho e nas já mencionadas convenções coletivas de consumo, devem ser fixadas obrigatoriamente na forma escrita, como forma de garantir segurança jurídica às partes contratantes, dar publicidade a avença e viabilizar o exercício das atividades de controle⁴²³.

⁴²² ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 406.

⁴²³ É esse também o posicionamento adotado por Florivaldo Dutra de Araújo: “O contrato coletivo entre administração e servidores deve ser fixado por escrito, do mesmo modo como ocorre com as convenções coletivas do direito do trabalho, como determina o art. 613, parágrafo único, da CLT, e também com as convenções coletivas de consumo, por força do art. 107 do CDC. Não poderia ser de outra forma, em se tratando de regras que dizem

Ainda, os contratos administrativos de pessoal coletivos só terão validade se forem celebrados por organizações imbuídas de representatividade adequada⁴²⁴ dos interesses em debate. Para os agentes públicos, com fundamento no art. 8º, VI, da CRFB/88⁴²⁵, entende-se ser o sindicato “o agente constitucionalmente qualificado para representar os interesses dos trabalhadores, (...) o que inclui a sua participação nas negociações coletivas”⁴²⁶. Já para a Administração Pública, revela-se adequada, em um primeiro momento, sua representação pela autoridade com competência definida em lei para realização dessas negociações. Contudo, na medida em que a prática negocial torne tendência no seio da estrutura administrativa funcional, é recomendável que seja criada uma burocracia própria e permanente para o exercício desse múnus, assim como ocorre na Alemanha e Itália⁴²⁷.

Deve ser pontuado que, segundo a doutrina brasileira, o âmbito pessoal de eficácia dos contratos coletivos será o da “totalidade dos servidores públicos da entidade estatal signatária, os quais possam ser objeto de incidência das normas estabelecidas, o que se impõe pela unicidade sindical (no caso brasileiro), aliado ao princípio da impessoalidade”⁴²⁸. Dessa forma, tendo sido conferido aos sindicatos brasileiros a ampla representatividade da categoria, como decorrência do art. 8º, III, da CRFB/88, os contratos coletivos vincularão todos os agentes públicos representados, sindicalizados ou não.

Ao fim, a negociação coletiva dos servidores públicos e os contratos coletivos que lhe são decorrentes poderão versar sobre aspectos funcionais gerais, vinculando todos os funcionários de um mesmo ente estatal (Arnaldo Boson Paes classifica esse acordo como

respeito a grande número de pessoas abrangidas, normalmente caracterizadas pela abstração e generalidade, o que exige cuidados em prol da publicidade e da segurança jurídica” (Ibid., p. 408).

⁴²⁴ O princípio da representatividade adequada, utilizado no âmbito do processo coletivo brasileiro para aferir a legitimidade das organizações em tutelar os interesses da coletividade, deve ser aplicado no âmbito do contrato administrativo de pessoal coletivo como forma de garantir a regularidade e idoneidade dos acordos. É definido por Flávia Hellmeister Clito Fornaciari como a “qualidade apresentada pelo representante que atuará em nome da sociedade ou do grupo na defesa dos interesses de ordem coletiva, qualidade essa identificada como a possibilidade da defesa eficiente e tenaz dos interesses envolvidos, seja no âmbito social, administrativo ou judicial” (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 50. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/pt-br.php>. Acesso em: 08 abr. 2023).

⁴²⁵ Apesar da existência de entendimentos que defendem a inaplicabilidade do art. 8º da CRFB/88 aos servidores públicos, Florivaldo afirma ser desarrazoada essa segregação, “uma vez que esse dispositivo contém normas elementares ao exercício da atividade sindical em qualquer setor, não havendo razão lógica para excluir de sua abrangência os que trabalham para o poder público” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 364).

⁴²⁶ Ibid., p. 364.

⁴²⁷ Ibid., p. 370.

⁴²⁸ Ibid., p. 408-409.

*negociação geral*⁴²⁹). Em seguida, ou de forma simultânea, também serão admitidas *negociações específicas*, por órgãos ou setores de trabalho, “em processo descentralizado que visam ao atendimento de reivindicações de funcionários e interesses dos órgãos estatais”⁴³⁰, tendo seus efeitos restritos ao núcleo de servidores inseridos nessas situações especiais. Para Paes, a coexistência das negociações gerais e das negociações específicas fomenta a flexibilização da gestão administrativa, “contemplando o acordo geral apenas as linhas básicas das relações coletivas de trabalho, ficando aos níveis menores a competência para, conforme as peculiaridades, estabelecer as demais normas sobre condições de trabalho”⁴³¹.

Em razão do quantitativo de servidores públicos existentes na organização administrativa brasileira, que só no plano federal alcança cerca de 555.000 pessoas⁴³², o contrato coletivo constitui importante mecanismo para a operacionalização do fenômeno contratual no âmbito da função pública. As tratativas exclusivamente individuais, por exigirem tempo, estrutura e esforço incomensuráveis da Administração Pública, acabariam por constituir empecilho prático para a implementação do contrato como instrumento vinculativo na relação entre agente-Estado. Reforça-se, contudo, que nos espaços não regulados coletivamente, normalmente vinculados a aspectos secundários da relação funcional, próprios das relações internas de cada repartição administrativa, torna-se viável e possível a existência de negociações e acordos individuais.

Em suma, a negociação coletiva e contratualização coletiva são instrumentos a serviço da boa gestão da estrutura de pessoal do Estado, contribuindo para a redução de conflitos – e, eventualmente, de litígios – envolvendo as partes integrantes da relação funcional. Apesar de encontrarem resistência na doutrina administrativa brasileira, a utilização dessas ferramentas não pode ser cerceada aos agentes públicos, devendo contar, todavia, com nuances próprias que garantam a higidez dos interesses tutelados, face a sua relevância social.

⁴²⁹ PAES, Arnaldo Boson. **Negociação coletiva na função pública**: abordagem crítica do modelo brasileira a partir do paradigma espanhol. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/6103/1/Arnaldo%20Boson%20Paes.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2023. p. 57.

⁴³⁰ Ibid., p. 57.

⁴³¹ Ibid., p. 57.

⁴³² **PAINEL ESTATÍSTICO DE PESSOAL - PEP**. 2023. Página inicial. Disponível em: <http://painel.pep.planejamento.gov.br/QvAJAZZfc/opensoc.htm?document=painelpep.qvw&lang=en-US&host=Local&anonymous=true>. Acesso em: 02 mai. 2023.

5.2.2 Objeto negocial do contrato administrativo de pessoal

O objeto negocial do contrato administrativo de pessoal compreenderá as matérias negociáveis das atividades funcionais, que estarão sujeitas ao ajuste recíproco e consensual dos contraentes: de um lado, o Estado, tomador do serviço, e de outro, o agente público, nos contratos individuais, ou a entidade coletiva com representatividade adequada, na hipótese de contratação coletiva. Por evidente, estarão imunes à negociação das partes os aspectos funcionais já fixados constitucionalmente, como a obrigatoriedade de aprovação em concurso público para a assunção dos postos de trabalho na Administração Pública (art. 37, II, da CRFB/88), ou que estejam atrelados necessariamente à edição de lei formal, como os requisitos mínimos exigidos para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I, da CRFB/88).

De um modo geral, as matérias sujeitas à negociação encontram-se atreladas ao patrimônio jurídico do agente público, vez que questões afetas à organização da burocracia estatal, pela relevância que apresentam para a regularidade das atividades funcionais, não se encontram disponíveis para negociações. Caberá ao presente tópico, portanto, tecer considerações acerca das matérias que integram essa parte negocial da relação funcional.

Inicialmente, verifica-se possível negociar acerca da jornada de trabalho e o local em que serão exercidas as atividades funcionais. A sociedade contemporânea, cada vez mais dinâmica e sujeita aos efeitos de avanços tecnológicos antes inimagináveis, não comunga com aspectos rígidos em termos de tempo e espaço, que, por vezes, impedem a estruturação de situações mais eficientes no âmbito do funcionalismo, tanto em termos econômicos, como em termos de resultados⁴³³.

Atento a esses movimentos, nota-se uma tendência cada vez mais crescente de utilização, na estrutura interna de atuação da Administração Pública, de tecnologias de

⁴³³ Sílvia Helena Johonsom di Salvo demonstra a relação direta entre a adoção do trabalho remoto ou à distância dos servidores públicos e a economia realizada pela Administração Pública Federal no ano de 2020, que totalizou cerca de três bilhões de reais. Nas palavras da autora: “A causa para essa economia foi atribuída a um único fator, o qual em nada se relaciona às propostas de enxugamento da máquina pública tradicionalmente presentes nos discursos de reforma administrativa, como a redução de vencimentos ou o fim da aposentadoria integral de servidores públicos. A medida de bilionária economia do funcionamento da burocracia estatal federal deveu-se à migração de servidores federais para o trabalho remoto ou à distância, o popularizado home office, em razão da pandemia da Covid-19. As razões para tal economia são das mais mezinhas, como redução nas contas de água, luz e telefone das repartições, e redução nas diárias e passagens aéreas de servidores para a realização de reuniões” (SALVO, Sílvia Helena Johonsom di. Governo digital: caminhar de mãos dadas rumo à transformação. **Consultor Jurídico**, 30 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-30/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-ru-mo-transformacao>. Acesso em: 10 abr. 2023).

informação e comunicação (TICs), dando ensejo ao que hoje se intitula de governo digital⁴³⁴, que propicia ambiente cada vez mais correspondente com a dinamicidade da sociedade contemporânea. Nesse sentido, mostra-se possível, diante das considerações adrede formuladas, que, no âmbito do contrato administrativo de pessoal, Estado e agente público negociem acerca do horário, local e modo como as atividades funcionais serão desempenhadas.

Ainda, com fundamento no art. 39, § 7º, da CRFB/88, poderão ser objeto de negociação as metas de produtividade e a respectiva contraprestação devida ao agente público, fixada em prêmios pecuniários ou em benefícios funcionais, como dias de folga ou redução de jornada por períodos de tempo determinados. A consensualidade no acerto dessas metas, permitindo mais aceitação que imposição, fomenta a eficiência no serviço público e torna mais transparentes as condições para o seu atingimento e as bonificações que lhe são decorrentes⁴³⁵.

No que concerne aos direitos tipicamente funcionais, pode o contrato administrativo de pessoal prever condições específicas e negociadas acerca do gozo de férias, dos prazos e requisitos para o exercício de licenças e afastamentos, bem como para as hipóteses de movimentação dos agentes públicos no serviço (nos casos de remoção e redistribuição, por exemplo) e na carreira (tendo como exemplo as promoções e progressões funcionais).

Quanto ao sistema remuneratório dos agentes públicos, o art. 37, X, da CRFB/88, é claro ao dispor que “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”, constituindo espécie de matéria sujeita à reserva de lei, estando, portanto, impedida de integrar o objeto do contrato administrativo de pessoal.

⁴³⁴ Segundo Patrícia Baptista e Leonardo Antoun, “por governo digital compreende-se o uso das tecnologias, como parte das estratégias de modernização de governos, para a criação de utilidade pública, consistente no apoio à produção e acesso a dados, serviços e conteúdo, a partir da atuação integrada de um ecossistema composto por entidades governamentais, organizações não governamentais, associações públicas de empresas e de cidadãos” (BAPTISTA, Patrícia; ANTOUN, Leonardo. Governo Digital: política pública, normas e arranjos institucionais no regime federativo brasileiro: a edição da lei federal nº 14.129/21 e o desenvolvimento da política nacional de governo digital. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 41, p. 1-34, out. 2022, p. 2. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/70724>. Acesso em: 10 abr. 2023).

⁴³⁵ Conforme salientou Plantey, “Uma melhor associação do pessoal à determinação das condições de sua atividade não pode deixar de ser benéfica para os interessados, para o serviço e para seus usuários, sob a condição de que cada um adira aos objetivos, isto é, seja chamado a conhecê-los, a adotá-los, senão a deliberar sobre eles. A direção mais legítima e o impulso mais eficaz são aqueles que são fundados sobre a adesão dos interessados. Esta reforma deve ultrapassar as estruturas e as práticas para atender à educação psicológica e profissional dos funcionários, qualquer seja o seu nível. A administração deve superar o estágio da burocracia rudimentar, na qual cada agente responde às preocupações próprias, sem se preocupar com a inserção de seu trabalho dentro do conjunto das atividades coletivas” (PLANTEY, Alain. **Reformes dans la fonction publique**: complément et mise a jour du traité de la fonction publique. Paris: LGDJ, 1978, p. 199 apud ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 405).

O termo remuneração tem como significado “qualquer tipo de retribuição monetária correlata à prestação dos serviços efetuados”⁴³⁶. Aplicada à relação funcional, a remuneração poderá ser entendida em sentido amplo, representando toda e qualquer verba recebida como contraprestação paga aos agentes públicos em razão dos trabalhos prestados, ou em sentido estrito (como empregado no art. 37, X, da CRFB/88), em que é utilizada como sinônimo de vencimentos, “correspondendo ao somatório do vencimento – retribuição em dinheiro pelo exercício de cargo ou função pública com valor fixado em lei e das demais vantagens inerentes ao cargo ou aos seus respectivos ocupantes (vantagens de caráter individual)”⁴³⁷.

Entretanto, existem parcelas pagas ao agente público que fogem à condição sinalagmática própria do conceito de remuneração, assumindo função meramente indenizatória. Valores transferidos ao servidor a título de ajuda de custo, diárias, auxílio-transporte, auxílio-moradia e as que ostentam caráter *pro labore faciendo* (tais como o adicional de insalubridade e o de adicional de periculosidade), por não se encartarem nas disposições do art. 37, X, da CRFB/88, encontram-se apartadas da reserva legal, podendo ter seus valores fixadas consensualmente através do contrato administrativo de pessoal.

Por sua vez, o termo subsídio corresponde gramaticalmente “a auxílio, reforço, subvenção ou ajuda”⁴³⁸. A Constituição de 1988, contudo, lhe deu significação própria, prevendo-o como parcela única paga aos agentes públicos elencados no art. 39, § 4º, da CRFB/88, “vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”.

Com efeito, mister ressaltar que, ao falar em parcela única, não pretendeu o constituinte suprimir direitos pecuniários já estendidos ao servidor por força do art. 39, § 3º, da CRFB/88, de sorte que, ainda que remunerados mediante subsídio, farão jus ao: “décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias”⁴³⁹, entre outros benefícios⁴⁴⁰. Nesse mesmo sentido,

⁴³⁶ DI PIETRO; MOTTA; FERRAZ, *op. cit.*, p. 113.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 113.

⁴³⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 113.

⁴³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 718.

⁴⁴⁰ Quanto ao ponto, Maria Sylvia Zanella di Pietro reforça que “embora o dispositivo [art. 39, §4º, da CRFB/88] fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda [Emenda Constitucional nº 19/98]. Com efeito, mantém-se, no art. 39, §3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. (...) Também não podem deixar de ser pagas as vantagens que têm caráter indenizatório, já que se trata de compensar o servidor por despesas efetuadas no exercício do cargo. (...) Não se pode pretender que o servidor que faça gastos indispensáveis ao exercício de suas atribuições não receba a devida compensação pecuniária. Trata-se de aplicação pura e simples de um princípio

também não poderão deixar de ser pagas verbas que ostentem natureza indenizatória, por não apresentarem função retributiva, mas meramente compensatória das despesas efetuadas no exercício do cargo ou função pública. Dito isso, entende-se possível estabelecer, via contrato administrativo de pessoal, valores e condições para pagamento de parcelas não enquadradas no conceito de subsídio e nem a ele equiparados (como é o caso do adicional de férias), respeitadas as limitações constitucionais⁴⁴¹.

À luz de todo o exposto, nota-se que, apesar da disciplina legal cogente, indispensável em face dos mandamentos constitucionais, o objeto negocial do contrato administrativo de pessoal é vasto e viabiliza a instituição de um ambiente consensual no seio da função pública brasileira. A consagração desse instituto demarca o início do rompimento das amarras liberais que ainda imperam no direito da função pública, permitindo “uma mais adequada aplicação do sistema constitucional democrático-social”⁴⁴², estimulando mais aceitação que imposição. Para além de argumentos exclusivamente teóricos, a negociação dos elementos funcionais por meio do contrato garante dinamicidade e eficiência, valores essenciais da “nova” gestão pública e do sistema de trabalho com o Estado do século XXI.

geral de direito que impõe a quem quer que cause prejuízo a outrem o dever de indenizar” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 718).

⁴⁴¹ Ressalta-se, conforme já defendido no subitem 5.1.3 do presente trabalho, que os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública, das Forças Armadas, dos Tribunais de Contas e os integrantes das carreiras de segurança pública listadas no rol do art. 144 da CRFB/88 encontram-se impossibilitados de adotar, como vínculo jurídico com o Estado, o contrato administrativo de pessoal, razão pela qual não sofrerão os efeitos da contratualização ora discutida.

⁴⁴² BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 167.

6 CONCLUSÕES

Este trabalho procurou demonstrar que o vínculo unilateral-estatutário da função pública, defendido até os dias de hoje pela doutrina administrativa majoritária e pela jurisprudência pátria, não se encontra adequado aos novos traços da Administração Pública contemporânea, bem como ao paradigma democrático e social do Estado de Direito, representando verdadeiro legado das matrizes ideológicas liberais, inconciliáveis com a roupagem jurídica que reveste o direito administrativo do século XXI.

A contratualização da função pública surge, então, como alternativa constitucionalmente viável para pôr termo a essa contradição aparente, permitindo que os agentes públicos, através de instrumentos dialógicos, participem e interfiram de forma eficaz na construção e fixação da disciplina jurídica funcional. Isso, porque, na realidade hodierna, a Administração Pública assume feição cada vez mais permeável aos influxos dos particulares, buscando mais aceitação que imposição, reservando a atuação unilateral e autoritária para casos estritamente necessários. Nessas condições, formas heterônomas do agir administrativo – tendo como exemplo basilar o ato administrativo unilateral – perdem espaço para o procedimento e o contrato, meios consensuais que protagonizam a dogmática jurídico-administrativa contemporânea

A par do exposto, do presente estudo podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. A teoria unilateral-estatutária (ou da situação legal), aplicada ao vínculo firmado entre agente-Estado, tem como fundamento imediato as concepções organicistas do poder político, que compreendiam o servidor público como espécie de *longa manus* do Estado, e como fundamento mediato as matrizes ideológicas do Estado Liberal, que legitimaram e institucionalizam uma Administração Pública de perfil agressivo e, conseqüentemente, um direito administrativo de feição autoritária.

2. O paradigma democrático e social permite que Estado de Direito assumam feição representativa e participativa, habilitando os cidadãos a construir junto ao poder público o processo decisório pelo qual serão impactados. Como reflexo, o modelo de Administração Pública que lhe é decorrente lança mão de instrumentos dialógicos para a consecução das suas finalidades e interesses, estruturando-se a partir da procedimentalização, da contratualização da atividade administrativa e da concertação.

3. Com efeito, torna-se evidente a incompatibilidade existente entre o vínculo estatutário da função pública e os novos paradigmas do Estado de Direito e os modelos de atuação da Administração Pública contemporânea. Mostra-se indispensável uma revisão das matrizes

ideológicas que orientam a relação funcional brasileira, afim de conformá-las a essa “nova” dogmática jurídico-administrativa.

4. O contrato emerge, portanto, como alternativa adequada para a vinculação entre agente-Estado no âmbito da função pública brasileira. O contrato tem como elemento ínsito à sua estrutura a bilateralidade, pressupondo um necessário acordo de vontades para que seja estabelecido o negócio jurídico. Torna-se, dessa forma, ambiente adequado e propício para a ponderação de interesses, carregando consigo a consensualidade e o procedimento dialógico entre as partes envolvidas, valores condizentes com a filosofia comportamental da Administração Pública hodierna. Soma-se a esse argumento o fato de que a Constituição de 1988, a despeito do silêncio quanto à natureza do vínculo funcional, ter estimulado posturas consensualizadas entre agente-Estado, ao garantir o direito de greve (art. 37, VII, da CRFB/88) e a livre sindicalização dos agentes públicos (art. 37, VI, da CRFB/88), mais consentâneas com a contratualização do que com a unilateralidade típica do vínculo estatutário.

5. O regime jurídico aplicável ao contrato firmado entre agente-Estado para materialização do vínculo funcional deverá ser o de direito público. Apesar de inexistir diferenças ontológicas ou organizacionais entre as relações de trabalho comum e as relações de trabalho com o Estado, há, sob a ótica do ordenamento positivo, uma notável diferença entre as regras que compõem essas relações. E é exatamente em razão dessa previsão normativa complexa e apartada que se pode afirmar que subsiste, para os trabalhadores comuns a aplicação do regime de direito privado (estabelecido pela CLT) e para os agentes públicos o regime de direito público (submetido às regras do direito administrativo). Adota-se, portanto, o contrato administrativo de pessoal como instrumento vinculativo entre agente-Estado.

6. Tratando-se a função pública de hipótese de reserva de lei prevista expressamente pela Constituição de 1988 (art. 61, II, alínea ‘c’, da CRFB/88), a adoção do modelo contratual para a função pública dependerá, necessariamente, de interposição legislativa. Essa lei – intitulada, para os fins desse trabalho, de lei-quadro – deverá tratar dos aspectos essenciais envolvendo a relação funcional, quais sejam: os princípios gerais do contrato administrativo de pessoal, os pressupostos de formalização dessa espécie de contrato, os cargos e funções não suscetíveis de contratualização e o processo administrativo disciplinar e as sanções que lhe são correlatas.

7. Finalmente, com exceção das matérias fixadas constitucionalmente e aquelas reservadas à lei-quadro, poderá o agente público e o Estado transigir acerca das demais questões funcionais por intermédio do contrato administrativo de pessoal. O objeto negocial dessa espécie de contrato poderá consistir em negociações que envolvam a jornada de trabalho e o

local de prestação das atribuições funcionais (que poderá ocorrer, inclusive, de forma remota); as metas de produtividade e a respectiva contraprestação devida ao servidor público; a forma como se dará o gozo de férias, os prazos e requisitos para o exercício de licenças e afastamentos, as hipóteses de movimentação do servidor no serviço e na carreira; e os valores devidos ao agente público que não encontrem inseridas no conceito de remuneração ou subsídio, nos termos do art. 37, X, da CRFB/88.

8. A negociação coletiva dos servidores públicos, que encontra assento constitucional (como decorrência lógica da livre associação sindical e do exercício do direito de greve, previstos no art. 37, VI e VII, da CRFB/88, respectivamente) e em instrumentos internacionais (ratificação, pelo Brasil, da Convenção 151 da OIT), poderá dar ensejo à contratação coletiva, sendo admissível, portanto, o contrato administrativo de pessoal coletivo.

REFERÊNCIAS

AIRES, Renan Felinto de Farias *et al.* Escolas de governo: o panorama brasileiro. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 1007-1027, jul./ago. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-76121689>. Acesso em: 23 nov. 2022.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 293-309, jul./set. 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p293.pdf. Acesso em: 26 set. 2022.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Regime Jurídico Único**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/23/edicao-1/regime-juridico-unico>. Acesso em: 23 dez. 2022.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Federalismo e princípio da simetria**. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. Estado Constitucional e organização do poder. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 513-547.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

BAPTISTA, Patrícia; ANTOUN, Leonardo. Governo Digital: política pública, normas e arranjos institucionais no regime federativo brasileiro: a edição da lei federal nº 14.129/21 e o desenvolvimento da política nacional de governo digital. **RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 41, p. 1-34, out. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/70724>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão. **Revista de Direito da Cidade**, v. 08, n. 04, p. 1938-1960, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25461>. Acesso em: 04 out. 2022.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, abr./jun. 2003. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45681/45049>. Acesso em: 07 dez. 2022.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago (coord.). **Processo administrativo brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da Lei Federal de Processo Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 45-73.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Teoria dos ilícitos civis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 32, de 03 de setembro de 2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 173, de 18 de agosto de 1995**. Modifica o capítulo da Administração Pública, acrescenta normas as disposições constitucionais gerais e estabelece normas de transição. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169506>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Legislação Informatizada – Emenda Constitucional nº 19, de 1998 - Exposição de Motivos**. Brasília: Câmara dos Deputados, 18 de ago. de 1995. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Dispõe sobre as Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos nos Casos de Enriquecimento Ilícito no Exercício de Mandato, Cargo, Emprego ou Função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135, Medida Cautelar.** Relator: Ministro Néri da Silveira. Relatora para acórdão: Ministra Ellen Gracie, 02 de agosto de 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5.** A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1199>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos:** civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURDEAU, Georges. **L'État.** Paris: Ed. du Seuil, 1970.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 36. ed. Barueri: Atlas, 2022.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956.

COELHO, Daniela Mello. Direito da função pública: fundamentos e evolução. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.** v. 71, n. 2, p. 114-128, ano XXVII, abr./jun. 2009.

COELHO, Fernando de Souza; LEMOS, Murilo. Escolas de governo: conceitos, panorama no Brasil e uma agenda para o nível local. In: COELHO, Fernando de Souza *et al* (org.). **Escolas de governo:** formação e capacitação de agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Oficina Municipal – Fundação Konrad Adenauer Brasil, 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Controlo judicial da Administração e responsabilidade democrática da Administração. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto; BITENCOURT NETO, Eurico (coord.). **Direito Administrativo e direitos fundamentais**: diálogos necessários. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa. **Legislação**, n. 9-10, p. 133-164, jan./jun., 1994.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Servidor público**: reforma administrativa, estabilidade, empregado público, direito adquirido. 1. ed., 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 67, n. 2, p. 79-98, abr./jun. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/52335>. Acesso em: 20 abr. 2023.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 8, nov./dez. 2006/jan. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50735/49533>. Acesso em: 23 set. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Futuro do Concurso Público. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 1, n. 1, p. 1-11, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://revistaelectronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/19>. Acesso em: 23 nov. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores públicos na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DROMI, José Roberto. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1973.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927. t. I.

DURKHEIM, Émile. **Lições de sociologia**: a moral, o direito e o estado. São Paulo: T. A. Queiroz. Ed. Universidade de São Paulo, 1983.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. 1990. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. (atualizada por BINENBOJM, Gustavo). 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil – Volume único**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 12. ed. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informacionais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 10, 1977.

FINGER, Ana Cláudia. **O princípio da boa-fé no direito administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2005.

O FONACATE. **FONACATE – Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado**, c2022. Disponível em: <https://fonacate.org.br/o-fonacate/>.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-24092010-133201/pt-br.php>. Acesso em: 08 abr. 2023.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo - Vol. I**. 7. ed. Madrid: Civitas, 1999.

GERBER, Hans. Vom Begriff und Wesen des Beamtentums. **Archiv des öffentlichen Rechts**, v. 57, n. 1, p. 1-85, 1930.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo – Vol. 2**. 3. ed.. Milão: Giuffrè, 1993.

GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. São Paulo: LTr, 1991.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **Emprego público de regime privado: a laboralização da função pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: parte general. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>. Acesso em: 26 set. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. Disponível em: [http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/220](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/220). Acesso em: 12 out. 2022.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. **Law and administration**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HAURIOU, Maurice. La théorie del'institution et de la fondation: essai de vitalisme social. In: HAURIOU, Maurice *et al.* **La cité moderne et les transformations du droit**. Paris: Librairie Bloud & Gay, 1925.

HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaire de droit administratif e de droit public**. 11. ed. Paris: Recueil Sirey, 1927.

JELLINEK, Georg. **Sistema del diritti pubblici subiettivi**. Milão: Società Editrice Libreria, 1911.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Unesp, 2018.

KAMMERER, Papiers Albert. **La fonction publique en Allemagne**. Paris: Arth. Rosseau, 1898.

KRELL, Andreas Joachim. A reforma federativa alemã, a supressão das competências de quadro e a superação das teorias das leis nacionais no Brasil. **Revista Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, jul. 2007.

LABAND, Paul. **Le droit public de l'empire allemand**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1901, t. II.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958. T. 1.

LOPEZ, Felix García; GUEDES, Erivelton Pires. **Texto para Discussão – Três décadas de evolução do funcionalismo público no Brasil (1986-2017)**. Brasília: Ipea, 2020. Disponível

em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10169/1/td_2579.pdf. Acesso em: 31 mar. 2023.

LORA, Alejandro Huergo. **Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas**. Madrid: Civitas, 1998.

LUHMAN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior, Marco Antônio os Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.

MACHADO, Celso Cordeiro. Acumulação remunerada de cargos públicos. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 3, p. 196-204, 1951. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/817>. Acesso em: 06 abr. 2023.

MACHETE, Rui Chancerelle de. A personalidade jurídica do Estado, a relação jurídica e o direito subjetivo em Gerber, Laband e Jellinek. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória Dias F. P. D. (org.). **Em homenagem ao professor doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: Almedina, 2010.

MAGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa**: i profili critici e principi ricostruttivi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARINS, Vinícius. Transformações no direito administrativo contemporâneo: reflexos sobre a contratualidade pública nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 47, p. 303-340, 2005. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/24>. Acesso em: 13 fev. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima;

MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (org.). **Direito do consumidor: 30 anos do CDC**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. **O desequilíbrio do contrato por adesão no Código Civil brasileiro**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2021.

MODERNE, Frank. **Sanctions Administratives et Justice Constitutionnelle**. Paris: Economica, 1993.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 204, p. 269-285, out/dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Derecho de la función pública**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NEVES, Romulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. 2005. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-02102005-215154/pt-br.php>. Acesso em: 23 fev. 2023.

NÉZARD, Henry. **Théorie juridique de la fonction publique**. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1901.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito público**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.

NUNES, Pedro; CASTRO, Conceição. Sistemas de Emprego Público no século XXI: Que significado? Uma sistematização. **Estado, Gobierno y Gestión Pública**, n. 15-16, p. 191-222. Disponível em: <https://revistaeggp.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/11698>. Acesso em: 17 nov. 2022.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, v. 256, p. 129-163, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>. Acesso em: 21 abr. 2023.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PAES, Arnaldo Boson. **Negociação coletiva na função pública**: abordagem crítica do modelo brasileira a partir do paradigma espanhol. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/6103/1/Arnaldo%20Boson%20Paes.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2023.

PAINEL ESTATÍSTICO DE PESSOAL - PEP. 2023. Página inicial. Disponível em: <http://painel.pep.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=painelpep.qvw&lang=en-US&host=Local&anonymous=true>. Acesso em: 02 mai. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em: 04 abr. 2023.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, jan./abr. 1996. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 28 nov. 2022.

PICARD, Edmond. **O Direito puro**. Barcelona: Ed. Ibero-americana, 1942.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

PIRES, Maria Coeli Simões. Reforma Administrativa: reflexões sob a perspectiva político-filosófica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/211>. Acesso em: 28 nov. 2022.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. Controle da Administração Pública e tendências à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 45, p. 243-282, 2004. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1296>. Acesso em: 26 jan. 2023.

PLANTEY, Alain. **Reformes dans la fonction publique**: complément et mise a jour du traité de la fonction publique. Paris: LGDJ, 1978.

PRATA, Ana. **Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais**. Coimbra: Almedina, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins, 1960.

REBOLLO, Luís Martín. **Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonómico**. Cantabria: Ed. Asamblea Regional de Cantabria, 1989.

REY GUANTER, Salvador Del. Libertad Sindical y Funcionarios Públicos. In: RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. **Comentarios a la Ley de Libertad Sindical**. Madrid: Tecnos, 1986.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 272, p. 209-249, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/64303>. Acesso em: 26 jan. 2023.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

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

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1947.

SALVO, Sílvia Helena Johonsom di. Governo digital: caminhar de mãos dadas rumo à transformação. **Consultor Jurídico**, 30 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-30/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Tradução de Mariano Bacigalupo, José María Rodríguez de Santiago, Javier Barnés, Blanca Rodríguez Ruiz, Javier García Luengo, Germán Valencia, Ricardo García Macho, Francisco Velasco, Alejandro Huergo. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Almiro Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 179-180, p. 51-67, jan./jun. 1990.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**: o caos dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Nagib Slaibi Filho e Priscilla Pereira Vasques Gomes (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Luiz Alberto da. Dirigismo Contratual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 5, p. 116-151, 1965. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/974>. Acesso em: 14 out. 2022.

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

SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação. Coimbra: Almedina, 1997.

SIMÕES, André Pinho. **Es(ins)tabilidade dos servidores públicos**: da gênese à crise do instituto. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021.

SIMÕES, André Pinho; BARBOSA, Bianca Rocha; OLIVEIRA, Guilherme Lacerda de; SOARES, Rodrigo da Silva. Capítulo 2 – Crise da administração pública expressa no processo comunicativo: pressão das demandas por eficiência x controles. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BITENCOURT NETO, Eurico; GUIMARÃES, Dayana Alves (coord.). **Segurança Jurídica e controle da Administração**: panorama geral e comentários sobre a Lei nº 13.655/2018 (LINDB). Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

SORBILLI FILHO, Roberto. A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado. In: FORTINI, Cristiana (coord.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SORBILLI FILHO, Roberto. **A relação jurídica de trabalho com o Estado**: natureza e princípios fundamentais. 2005. 286 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2005.

SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque. **A reforma do emprego público em Portugal e Espanha**. In: FERNANDES, Francisco Liberal; REDINHA, Maria Regina (coord.). Transformações recentes do direito do trabalho ibérico. Ed. UP – Universidade do Porto: Porto, 2016, p. 253-369.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, v. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496574>. Acesso em: 28 mar. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

TÁCITO, Caio. Evolução Histórica do Direito Administrativo. In: **Temas de Direito público**: estudos e pareceres, 1º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime a revolução**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

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

WARBURTON, Nigel. **Uma breve história da filosofia**. Tradução de Rogério Bettoni. Porto Alegre: L&PM, 2019.

ZIMMERNMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1999.