

ano 20 - n. 81 | julho/setembro – 2020

Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i80

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Consensualidade administrativa e relações funcionais: a abertura de espaços de diálogo na realidade brasileira em decorrência do princípio democrático e das Convenções nº 151 e nº 154 da OIT

Administrative consensus and functional relations: the opening of spaces for dialogue in the Brazilian reality as a result of the democratic principle and ILO Conventions 151 and 154

Clarissa Sampaio Silva*

Universidade de Fortaleza (Brasil)
sampaioclarissa@hotmail.com

Recebido/Received: 30.12.2019 / December 30th, 2019

Aprovado/Approved: 17.10.2020 / October 17th, 2020

Resumo: Por meio do presente artigo pretende-se apresentar um panorama da consensualidade administrativa, ressaltando sua importância e apontado suas vertentes, para, em seguida, investigar a possibilidade de inserção da função pública brasileira em seus domínios, em especial para

Como citar este artigo/*How to cite this article:* SILVA, Clarissa Sampaio. Consensualidade administrativa e relações funcionais: a abertura de espaços de diálogo na realidade brasileira em decorrência do princípio democrático e das Convenções nº 151 e nº 154 da OIT. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 201-222, jul./set. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1278.

* Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Professora do mestrado em Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza (UNIFOR – Fortaleza, CE, Brasil). Advogada da União. *E-mail:* sampaioclarissa@hotmail.com.

reconhecimento de espaços de negociação entre Administração Pública e servidores submetidos a regime estatutário. A pesquisa considerou o tratamento conferido ao vínculo funcional pela Constituição de 1988 e sua concepção nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina nacional para, a seguir, confrontar tais compreensões com o princípio democrático e com as disposições decorrentes das Convenções da OIT de nº 151 e nº 154, sobre negociação no setor público, devidamente incorporadas à ordem jurídica nacional. A conclusão é no sentido de necessidade de maior reconhecimento de espaços de diálogos entre Administração Pública e servidores públicos, bem como de flexibilização da unilateralidade na fixação das regras funcionais, observando-se, todavia, os procedimentos e instrumentos normativos próprios.

Palavras-chave: Consensualidade administrativa. Relações funcionais. Negociação. Convenções. OIT.

Abstract: This article aimed to presenting an overview of administrative consensus, highlighting its importance and pointing out its aspects, and then to investigate the possibility of insertion of the Brazilian civil service in its domains, especially for the recognition of negotiation spaces between public administration and servants subject to statutory regime. The research considered the treatment given to the functional link by the 1988 Constitution and its conception in terms of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the national doctrine, in order to confront such understandings with the democratic principle and with the provisions arising from the ILO Conventions of 151 and 154, on public sector negotiation, duly incorporated into the national legal order. The conclusion is that there is a need for greater recognition of dialog spaces between Public Administration and public servants, as well as the flexibility of unilaterality in the establishment of functional rules, observing, however, the proper normative procedures and instruments.

Keywords: Administrative consensus. Functional relationships. Negotiation. Conventions. OIT.

Sumário: 1 Introdução – 2 Administração Pública: princípio democrático e perspectiva consensual – 3 Da configuração da função pública na Constituição Federal de 1988 sob as perspectivas normativa, doutrinária e jurisprudencial – 4 Das posições doutrinárias sobre o regime da função pública – 5 Do posicionamento do STF sobre o regime jurídico dos servidores na CF/88 (a ADIN nº 492/DF e seus desdobramentos) – 6 A ratificação das Convenções nºs 151 e 154 da OIT e a modificação do cenário normativo – 7 Dos espaços de diálogo decorrentes das Convenções nºs 151 e 154 da OIT – 8 Conclusão – Referências

1 Introdução

No âmbito da Constituição Federal de 1988, a função pública brasileira conheceu notável grau de proteção, como forma de assegurar seu desempenho coetâneo com as exigências decorrentes de uma Administração Pública submetida aos princípios constitucionais do artigo 37, *caput*, da CF, mas, ao mesmo tempo, sedimentou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na doutrina concepção rigidamente unilateralista dos vínculos funcionais, prejudicando o influxo do princípio democrático (CF, art. 1º) sobre eles.

Como consequência, tem-se a tradicional negação de realização de negociações envolvendo assuntos pertinentes a tal domínio, enquanto que, paradoxalmente, desenvolvem-se, em diversos setores e relações travadas entre a Administração Pública e os cidadãos, formas consensuais de atuação, nas quais se privilegiam a celebração de acordos e a participação daqueles, como manifestação de uma democracia administrativa. E, conforme restará evidenciado, a tônica na elaboração

de consensos revela-se muito mais condizente com os desafios de uma sociedade plural e com os conflitos nela verificados.

Para alcançar esse propósito, utiliza-se pesquisa de natureza qualitativa e exploratória, baseando-se em fontes bibliográficas, nacionais e estrangeiras (no último caso, para apresentar, em especial, como o tema da consensualidade administrativa tem também sido tratado em outros países). Ademais, apresentam-se decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do regime jurídico da função pública eleito pela CF/88 e do valor jurídico das convenções da OIT acima mencionadas. Analisa-se ainda a legislação nacional sobre atuações consensuais, para fins de responder às indagações acima propostas.

O presente artigo tem como objetivo geral apresentar os fundamentos do que se tem chamado de consensualidade administrativa e suas modalidades de expressão, bem como o panorama normativo na realidade brasileira para, dentro de tal contexto, investigar se, e em que grau, a função pública pode também nele enquadrar-se.

As construções sobre o vínculo funcional, por sua vez, foram feitas anteriormente à incorporação, ao ordenamento jurídico brasileiro, da Convenção de nº 151, da Organização Internacional do Trabalho, que trata das Relações de Trabalho na Administração Pública, e sem atentar para a de nº 154, que cuida do Fomento à Negociação Coletiva. Com elas há um novo quadro normativo sobre o regime da função pública.

Como objetivos específicos, buscar-se-á responder se, ainda que sem a devida regulamentação legal de tais convenções, faz-se possível falar na existência de um campo próprio para negociações entre a Administração Pública e aqueles ocupantes de cargos públicos, submetidos ao regime legal, e quais repercussões podem aquelas produzir, tanto no tocante às relações funcionais quanto às obrigações assumidas pelo Brasil perante a OIT. Afinal, poderia lei ou decisão judicial proibir negociações? Se realizadas, qual deve ser a consequência delas? Quais conteúdos podem assumir?

2 Administração Pública: princípio democrático e perspectiva consensual

As relações administrativas estabelecidas num contexto constitucional conformado pelo princípio democrático (CF, art. 1º) com cidadãos, de uma forma geral, ou com aqueles vinculados à Administração Pública por vínculos institucionais ou contratuais demandam a abertura de espaços de diálogo e de busca de construção de consensos.

Além do princípio democrático, com suas exigências de participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisões administrativas, bem como no controle e aperfeiçoamento de atuação da Administração Pública, não se pode desconhecer a diversidade e a complexidade da sociedade civil contemporânea, a demandar respostas melhor elaboradas e, portanto, mais adequadas às suas questões.

Assim, a abordagem de conflitos envolvendo direitos fundamentais e as várias posições deles decorrentes, contemplando, por sua vez, a multilateralidade das relações administrativas, dentro de realidades de rápida capacidade de mutação, não pode ser feita apenas por meio das clássicas formas de agir da Administração Pública, nas quais o recurso às prerrogativas públicas, marcadas pela unilateralidade e autoexecutoriedade revelava-se suficiente.

Ao lado, portanto, da atuação administrativa unilateral e seus consectários, desenvolve-se uma vertente cuja tônica é a consensualidade, revelada tanto pela concertação da atuação administrativa, com recurso a acordos e transações administrativas, bem como pela busca de diálogos possíveis entre a Administração Pública e os cidadãos para a tomada decisões.

A consensualidade, como novo capítulo do Direito Administrativo na doutrina brasileira, tem como fundamentos, de acordo com De Palma,¹ a democracia substantiva, o princípio da eficiência e a contratualização, implicando a “abertura de técnicas negociadas para atingir finalidades públicas”.

Segundo De Palma,² sob o signo da consensualidade, são trabalhadas duas dimensões, a saber: os acordos de vontades envolvendo a Administração Pública como instrumentos para solução de processos administrativos pela “negociação do exercício do poder estatal” e as formas de participação administrativa na formação das decisões. A primeira delas é a mais recorrente nos estudos nacionais sobre o tema, adotando, ela mesma, a primeira delas.

Trata-se, de toda forma, da busca de consenso, que pode desaguar em transações administrativas, conciliações e mediações e arbitragem administrativa.³

O tema em questão obteve importantes desdobramentos na doutrina do Direito Administrativo de outros países. Em Portugal, encontra-se referência à “atuação

¹ DE PALMA, J. B. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2014. 481f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 84. Dentre outros autores, cf. MOREIRA NETO, D. de F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003; ARAGÃO, A. S. 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.

² *Ibidem*. p. 128.

³ LIMA, R. M. R. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p 233.

soberana consensual”,⁴ em que tradicionais atos unilaterais de autoridade cedem espaço a “acordos substitutivos”.

Também deve ser destacado o desenvolvimento, em tal ordem jurídica, da noção de democracia administrativa, decorrente da cidadania administrativa⁵ (concepção centrada na dignidade da pessoa humana) e que teria como manifestações a preferência aos “procedimentos administrativos negociais e de concertação, visando gerar o consenso decisório entre quem decide e o destinatário da decisão”. O reconhecimento das amplas formas de participação, tanto individual quanto coletiva, sendo também dignas de nota os tradicionais direitos de petição, queixa, ação popular, o direito à informação, bem como o desenvolvimento de mecanismos informais de participação administrativa.

A doutrina espanhola, por sua vez, desenvolveu expressões como “faculdade convencional” e “atividade administrativa consensual” para designar formas de atuação que implicam modulação no exercício das prerrogativas por parte da Administração Pública, apartada do poder de autoridade, e que, com a entrada em vigor do artigo 88 da Lei nº 30/1992, que regula o procedimento administrativo comum, quedam abrigadas sob o manto geral da terminação convencional do procedimento administrativo.⁶

Em termos normativos na realidade brasileira, tem-se a previsão do §3º do artigo 37 da CF,⁷ que enseja a consensualidade sob a vertente da participação do usuário na Administração Pública, recentemente regulamentado com a edição da Lei nº 13.460/2017.

Dentro dessa perspectiva, cabe citar a possibilidade da realização de consultas e audiências públicas pela Lei nº 9.784/99, que regulou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, antes da tomada de decisões de interesse geral por parte da Administração Pública, ultrapassando os interesses meramente individuais.⁸

⁴ ESTORNINHO, M. J. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 44.

⁵ OTERO, P. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 326-327.

⁶ MARTÍNEZ, G. C. *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*. Navarra: Aranzandi, 2008. p. 141.

⁷ Artigo 37, §3º, CF: “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁸ Nos termos do artigo 31 da Lei nº 9.784/99, *in verbis*: “Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada”. Já o artigo 32 possui a seguinte redação: “Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”.

Sob a vertente da consensualidade/negociação, aponta-se previsão já contida no artigo 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41, que regulamenta o processo de desapropriação, sobre a sua realização, primeiramente, mediante acordo (a propósito do valor da indenização), partindo-se para a etapa judicial na hipótese de sua frustração.⁹ Cabe lembrar que se trata da desapropriação de manifestação por excelência da forma autoritária e unilateral de atuação administrativa. E, mais recentemente, a Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019, possibilitou a utilização da mediação e da arbitragem para fins de definir os valores de indenização em desapropriação por utilidade pública.

Avançando no tempo, tem-se o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), previsto na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85, em seu artigo 5º, §6º),¹⁰ e, mais recentemente, na Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, em seu artigo 32, inciso III, §6º,¹¹ como instrumento de solução negociada de litígios para com a Administração Pública, tratado como “contrato administrativo de transação *stricto sensu*, na doutrina brasileira, por Batista Júnior¹² (2007, p. 450).

A celebração de termos de ajustamento de conduta para resolução de conflitos entre a Administração Pública e os cidadãos foi estendida pela Lei nº 13.140/2015 para situações para além daquelas contempladas pela Lei nº 7.347/85,¹³ tendo a primeira, ainda, remetido para os órgãos da Advocacia Pública das entidades federadas a competência para fazê-lo. E, em tal âmbito, há a previsão de recurso à mediação (artigo 33) como meio admissível para composição conflitual no setor público. Cabe citar, a legislação anterior que admite a utilização da arbitragem pela Administração Pública em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis

⁹ Com a seguinte redação: “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará”.

¹⁰ Artigo 5º, §6º: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

¹¹ Artigo 32: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. §1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o *caput* será estabelecido em regulamento de cada ente federado. §2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o *caput* é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. §3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial”.

¹² BATISTA JR., O. A. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 450.

¹³ Os temas que podem ser objeto de termo de ajustamento de conduta, pela Lei nº 7.347/85 são aqueles que, igualmente, podem ensejar a propositura de Ação Civil Pública, nos termos do artigo 1º daquele diploma legal, a saber: meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico ou paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, infração à ordem econômica, ordem urbanística, honra e dignidade de grupos sociais, étnicos e religiosos, patrimônio público e social.

(Lei nº 9.307/96, artigo 2º); nos domínios das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004, artigo 11, inciso I) e do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011, artigo 44-A).

Tais meios alternativos representam formas negociadas de colocar fim a litígios para com a Administração Pública, sendo, logicamente, condição para seu recurso a voluntariedade das partes de a eles se submeter, o que revela a disposição a consensos, ainda que mínimos.

Cite-se ainda como exemplo de técnica negociada para atuação administrativa, o Termo de Compromisso, previsto no artigo 627-A¹⁴ da Consolidação das Leis do Trabalho, em substituição à prática pura e simples de ato de polícia, diante do descumprimento da legislação trabalhista, admitido em hipóteses normativamente previstas para conferir ao empregador nova oportunidade para ajustar-se àquela, evitando a lavratura de auto de infração.

Há, portanto, a tendencial abertura de espaços de atuações administrativas concertadas, as quais requerem uma “intervenção comunicativa”, própria de uma “administração dialógica” a qual “encerra o ciclo de transição democrática na gestão pública”, sendo seu paradigma o Estado Democrático de Direito.¹⁵

O desenvolvimento, todavia, das novas formas de agir da Administração Pública não significa o completo abandono do exercício de seus poderes de autoridade e de atuação unilateral. Faz-se necessário, na realidade, compatibilizar consensualização administrativa, *soft administration* e prerrogativas públicas.¹⁶

Na doutrina portuguesa,¹⁷ restou detectada a grande importância que ainda assumem os atos administrativos concretos ou abstratos (regulamentos), pela sua força jurídica e estabilidade, os quais têm revelado, ainda, a capacidade de adaptação aos novos tempos de incertezas, risco e mutabilidade, assumindo feições mais flexíveis.

Ou seja, há a convivência das duas modalidades de atuação administrativa, sendo importante identificar o embasamento normativo para uma e outra, bem como a pertinência delas para enfrentar as questões com as quais se depara a Administração Pública, de modo a que possam ser dadas respostas adequadas.

¹⁴ Artigo 627-A: “Poderá ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho”. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001).

¹⁵ LIMA, R. M. R. *Administração Pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103.

¹⁶ FALVEIROS JR., J. L. de M. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. *Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 2, p. 69-90, jul. 2017. p. 71. Disponível em: www.revistas.usp.br/rdda. Acesso em: 9 nov. 2018.

¹⁷ OLIVEIRA, F. P.; CAMPOS, D. D.; MACHADO, C. *Uma Administração Pública moderna e mais próxima do cidadão?* Coimbra: Almedina, 2018. p. 22.

Consoante visto, há a tendencial expansão da atuação consensual para domínios administrativos diversos, desenvolvendo-se, em razão dela, relações entre a Administração Pública e o cidadão (ou cidadãos) nas quais serão estabelecidos direitos, deveres bilaterais e diferenciados (adaptados, a cada situação, com permissão, é claro, na ordem jurídica), proporcionados, por sua vez, por um diálogo institucional.

Passa-se, a seguir, a verificar a possibilidade de desenvolvimento de semelhante vertente no âmbito da função pública brasileira.

3 Da configuração da função pública na Constituição Federal de 1988 sob as perspectivas normativa, doutrinária e jurisprudencial

A Constituição Federal de 1988, resultante do processo de redemocratização do Estado brasileiro, tendo representado a acomodação possível das diversas forças políticas envolvidas no debate constituinte, dedica, no que diz respeito à Administração Pública, e, em especial, à função pública, numerosas e minudentes disposições.

Com efeito, encontram-se, no texto constitucional, regras sobre ingresso em cargos e empregos públicos, com o estabelecimento do critério meritocrático do concurso público (CF, artigo 37, inciso II), além de disposições sobre sua pertinência relativa à natureza e complexidade do cargo”, prazo de validade (artigo 37, incisos III e IV), determinação de reserva de percentual para pessoas com deficiência (CF, artigo 37, inciso VIII); passando por previsões relativas à remuneração, como forma de sua alteração (artigo 37, inciso X),¹⁸ fixação do respectivo teto (CF, artigo 37, inciso XI), vedação a equiparações, vinculações remuneratórias e efeitos cumulativos de acréscimos pecuniários (artigo 37, incisos XIII, XIV e XV) e critérios para fixação de padrões vencimentais (artigo 39); seguindo-se incisos sobre a proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, e as exceções admitidas (artigo 37, incisos XVI e XVII)

Há também previsão específica sobre os direitos trabalhistas que são extensíveis aos servidores públicos, feita pelo §3º do artigo 39.

Contempla, por fim, o capítulo da Administração Pública, regras sobre o afastamento de servidor público para o exercício de mandato eletivo (artigo 38); sobre o regime previdenciário (artigo 40, com seus vinte e um parágrafos) e, por fim, a previsão da garantia da estabilidade e condições para sua aquisição e colocação do servidor em disponibilidade (artigo 41).

¹⁸ A ser feita por lei, observando-se a iniciativa privativa para cada Poder.

Diante de todas as disposições elencadas, pode-se afirmar encontrar-se a função pública ornada de garantia institucional a impedir, por exemplo, seu enfraquecimento em medida que possa prejudicar seu adequado desempenho, mirando para as finalidades constitucionais da Administração Pública brasileira, bem como, logicamente, seu desaparecimento ou substituição por amplas formas de terceirização.¹⁹

Cabe ainda a destacar, acerca da função pública brasileira, a previsão sobre o fato de constituir matéria reservada, à lei, de iniciativa do Poder Executivo, a instituição do regime jurídico sobre “servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria” (CF, artigo 61, inciso II, alínea c), além da criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração.

Tal disposição alinha-se à já transcrita previsão sobre a necessidade de lei para fixação e alteração da remuneração de servidores públicos, revelando, além do elenco das normas constitucionais sobre a função pública, a existência de alguma reserva legal sobre o tema, total, dentro de uma visão mais ortodoxa, ou com espaços de negociação, numa vertente atualizada.

No tocante à natureza do regime da função pública, se contratual ou institucional, não há, do texto da Constituição, mesmo da redação original do parágrafo único do artigo 39, o qual aludia à existência de um regime jurídico único, determinação sobre qual deveria ser adotado, ressalvado os temas acima. Coube a doutrina à jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, no *leading case* – ADI nº 492-STF –, definir que esse regime seria o estatutário, ou institucional, consoante será visto logo mais.

Pelo advento da Emenda Constitucional (EC) nº 19/98 e da nova redação dada ao parágrafo único do artigo 39, desapareceu a referência a um regime único no âmbito da Administração Direta, autárquica e fundacional. Entretanto, tal dispositivo veio a ser suspenso, em virtude de razões formais, por decisão proferida na ADI nº 21.345-5, ainda sem julgamento, de forma que ainda prevalece a obrigatoriedade de adoção do mesmo regime funcional em referidos setores administrativos.

Do texto constitucional tem-se, assim, a salvaguarda da função pública por meio de várias regras assecuratórias de condições para desempenho voltado à

¹⁹ A propósito, o Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que dispôs sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União impede, no tocante aos três primeiros âmbitos, a execução indireta relativa aos seguintes serviços, de acordo com seu artigo 3º: “I – que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II – que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III – que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e IV – que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

realização do interesse público, podendo se deduzir, também, que há reserva legal no tocante a importantes temas, como criação de cargos e também empregos na Administração Direta, bem como para a fixação de remuneração dos servidores públicos. Da mesma forma, o regime jurídico a que devem encontrar-se submetidos requer tratamento por meio de lei, cuja geometria pode ser variável.

Não se pode deixar também de atentar para a referência, contida no artigo 61, inciso II, da CF, sobre a possibilidade de existência de cargos e empregos na Administração Direta e autárquica, o que precisa ser compatibilizado com a previsão, ainda em vigor, de um regime jurídico único em tal âmbito, bem como para extensão constitucional expressa de direitos trabalhistas aos servidores públicos. Ora, fosse a relação estabelecida entre a Administração Pública e servidores de natureza puramente trabalhista, equiparada àquelas estabelecidas no setor privado, todos os direitos do artigo 7º da CF (direitos trabalhistas) ser-lhes-iam aplicáveis sem ressalva e sem necessidade daquela extensão expressa.

Por fim, do texto da Constituição também se extrai, para o setor público empresarial do Estado, ou seja, empresas públicas e sociedades de economia mista, a adoção, para os seus quadros, do mesmo regime trabalhista da iniciativa privada, nos termos do artigo 173, inciso II, da CF.

4 Das posições doutrinárias sobre o regime da função pública

Diante da expressão *regime jurídico único*, contida no artigo 39 da CF, a doutrina brasileira, sob a perspectiva da dicotomia vínculo institucional ou vínculo contratual, tradicionalmente posicionou-se no sentido de que o regime estatutário seria o mais adequado para o desempenho da função pública, consoante se observa do magistério de diversos autores.

Como exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ sustenta que o regime aplicável aos servidores públicos deve mesmo ser o estatutário, concebido para atender a peculiaridades e um vínculo no qual não estão em causa tão só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores são os próprios instrumentos da atuação do Estado.

Da mesma forma, Juarez Freitas²¹ ressalta, para as carreiras típicas de Estado, a obrigatoriedade de adoção do regime estatutário, com suas garantias para um exercício funcional profissionalizado, competente e imparcial.

²⁰ MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 238.

²¹ FREITAS, J. Regime constitucional das carreiras de Estado. In: XIMENES, P. (org.). *Direito Constitucional contemporâneo*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 495-519. p. 501-506.

Igualmente digno de nota é o pensamento de Caio Tácito,²² para quem tanto a organização administrativa quanto a função pública obedecem a um mesmo critério finalístico, qual seja, as “necessidades objetivas da administração”, de modo que ambas podem ser modificadas unilateralmente, para assegurar a eficiência da atuação.

Filiou-se, portanto, a doutrina nacional, a propósito das teorias contemporâneas²³ sobre o vínculo funcional, à vertente unilateral, em que tanto a vontade do agente público não é colocada no mesmo patamar da manifestação estatal para formação daquele quanto não desempenhará aquela papel na definição dos direitos e obrigações respectivos, ditados pela Administração Pública por meio de lei e por ela igualmente passíveis de alteração.

Por sua vez, afirmações como a de que os servidores são o “instrumento de atuação do Estado” remetem, sem dúvidas, à concepção elaborada pela doutrina alemã sobre as relações especiais de sujeição, cujo principal teórico, Otto Mayer,²⁴ utilizando categorias como os funcionários públicos, justificava a existência de domínios administrativos regulados por prescrições administrativas, nos quais garantias como a legalidade para restrição de direitos sofriam retração. Como expressão de tal doutrina, Flitz Fleiner²⁵ afirmava ser o agente público o meio humano necessário ao desempenho das atribuições funcionais.

“Meio humano” ou “instrumento de atuação funcional” leva ao amálgama entre a organização administrativa e o agente, como se, à partida, não lhe fosse reconhecido o *status* de titular de direitos e garantias fundamentais perante aquela, o que certamente, não se compatibiliza com o Estado de Direito e tampouco com uma ordem constitucional consagradora de um regime de função pública.

Obviamente não se pode mais partir da concepção das relações especiais de sujeição, em sua vertente tradicional, considerada ultrapassada pela doutrina, para explicar as posições e situações dos servidores públicos perante a Administração Pública. Até mesmo pela dualidade apresentada por tais vínculos, nos quais se detecta uma relação orgânica, interna, em que há a imputação de seus atos àquela, e uma relação de serviço, ou externa, na qual despontam os direitos e deveres recíprocos, de natureza profissional, como os remuneratórios, jornada de trabalho, afastamentos, direito de manifestação, individual e coletiva, tal como esclarecido

²² TÁCITO, C. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1.485.

²³ As teorias contemporâneas contemplam as perspectivas unilateral e contratual sobre o emprego público, as quais substituíram a sua concepção como vínculo de natureza privada, sob as modalidades de ato translativo de direitos reais e vincula obrigacional, havendo esta última originado, por exemplo, a teoria do mandato, que seria exercido pelo servidor em nome do Estado. Sobre o tema, cf. SILVA, C. S. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 181.

²⁴ MAYER, O. *Derecho Administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. II. p. 167.

²⁵ FLEINER, F. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Labor, 1933. p. 135.

pela doutrina portuguesa por Francisco Liberal Fernandes,²⁶ Rogério Soares²⁷ e, na brasileira, por Luísa Netto.²⁸

A postura tradicional adotada pela doutrina, a propósito do caráter estatutário/unilateral do regime, parece não atentar para tal matização, como se apenas despontasse a relação orgânica, que cuida da remissão ao Estado das manifestações de vontade dos atos praticados pelos agentes públicos, quedando os demais aspectos da relação funcional completamente subordinados a tal lógica. Tal fato justifica, por exemplo, as alterações, por meio de lei, de aspectos do regime funcional sem que o servidor possa alegar direito adquirido à permanência daquele.

Passa-se, a seguir, a analisar os reflexos de tal concepção sobre a jurisprudência, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal, e que findou por moldar o pensamento sobre a função pública brasileira.

5 Do posicionamento do STF sobre o regime jurídico dos servidores na CF/88 (a ADIN nº 492/DF e seus desdobramentos)

Sob a égide da Constituição de 1988, o marcador decisivo para fixar a compreensão da natureza do vínculo funcional daqueles servidores públicos submetidos ao regime jurídico único a que alude o artigo 39, §1º, foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADIN nº 492/DF, ocasião em que restou declarada a inconstitucionalidade do artigo 240, alíneas “d” e “e”, da Lei nº 8.112/1990, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, os quais asseguravam direito à negociação coletiva e ao ajuizamento de ações individuais e coletivas perante a Justiça do Trabalho, possuindo tal decisão trechos emblemáticos, como:

[...] não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malgrado o acordo, o direito de ajuizar o dissídio coletivo. Começo por relembrar o regime jurídico desses servidores, que é o estatutário. Após a promulgação da Constituição de 1988, a jurisprudência continuava firme no sentido de que à Justiça do Trabalho não competia julgar os litígios dos servidores estatutários.

²⁶ FERNANDES, F. L. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da Administração Pública: crise do modelo clássico de emprego público*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 113.

²⁷ SOARES, R. *Direito Administrativo*. Coimbra: 1978. p. 95.

²⁸ PINTO E NETTO, L. C. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 58.

Em outro momento importante, o STF volta a reafirmar a linha divisória entre o regime estatutário e o trabalhista, pois, diante da Emenda Constitucional nº 45/2004, redefine-se competências da Justiça do Trabalho, a começar pela substituição da expressão “relações de emprego” por “relações de trabalho”, mais ampla. Afastou-se, assim, em sede de medida cautelar, concedida na ADIN nº 3.395-6-DF, “toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do artigo 114 da CF, na redação dada pela EC nº 45/2004, que incluía na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”.

Ressalta-se ainda a decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida na ADIN nº 2310-DF, a propósito da lei que criava empregos públicos no âmbito da Agência Reguladora de Telecomunicações (ANATEL), por entender que o exercício de poderes de autoridade, por parte de seu quadro de pessoal, não seria compatível com a adoção do regime trabalhista, que não asseguraria a independência e, conseqüentemente, a imparcialidade funcional.

Se de um lado a posição do STF corrobora no sentido da necessidade de proteção institucional ao exercício da função pública livre de pressões que possam prejudicar o seu imparcial desempenho, de outro, fixa a tese da “impossibilidade jurídica de negociação coletiva no âmbito das relações funcionárias”, que seria “pressuposta na idealização de um mundo de trabalho público perfeito, sem conflitos sociais”,²⁹ acaba por isolar a função pública de qualquer diálogo juridicamente garantido e procedimentalizado.

Como consequência da adoção de tal perspectiva, tem-se, paradoxalmente, ao “viés protetor”, a admissão da possibilidade de a Administração Pública promover, ainda que por meio de lei, alterações nos direitos e deveres dos servidores públicos, os quais, ao fim e ao cabo, não possuem “direito adquirido a regime jurídico”, consoante já entendeu o STF em diversas situações, inclusive com Repercussão Geral reconhecida.³⁰

Ora, a irrestrita admissão de tal proceder, interditado apenas por garantias constitucionais, como a da irredutibilidade vencimental, finda também por fragilizar a função pública como um todo perante a Administração Pública, quedando aquela sem possibilidade, ao menos de participação institucionalmente garantida, na tomada

²⁹ GOMES, A. C. N. *Emprego público de regime privado: a laborização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 71.

³⁰ Como exemplos, citem-se as decisões proferidas no RE nº 862.668/RG/DF, órgão: Tribunal Pleno, DJ de 12.04.2019 e ARE nº 849.397/RG/RS, órgão: Tribunal Pleno, DJ de 24.02.2015. O primeiro caso envolve a retirada de verba indenizatória por desempenho no exterior por parte de servidor público; e o último, a mudança da forma de composição da remuneração do servidor, com incorporação, no vencimento básico, de parcela autônoma, respeitada a irredutibilidade vencimental.

de decisões que possam impactá-la negativamente. Nesse sentido, destaca-se importante alerta elaborado por Sarah Campos;³¹ segundo a autora, em épocas de crise e recessão econômica, o servidor passa a ser adjetivado “mais como despesa pública do que como trabalhador, atribuindo-se assim, um valor negativo ao trabalho público”.

6 A ratificação das Convenções nºs 151 e 154 da OIT e a modificação do cenário normativo

As construções doutrinária e jurisprudencial referidas foram feitas anteriormente à incorporação ao ordenamento jurídico nacional da Convenção nº 151,³² sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e sem considerar a Convenção nº 154,³³ também da OIT, que trata do Fomento à Negociação Coletiva, cuja entrada em vigor ocorreu anteriormente à primeira.

Pela ordem, a Convenção nº 154, em seu artigo 1º, inciso 1º, recomenda a negociação coletiva a “todos os ramos da atividade econômica”, ressalvando, seu artigo 2º, no tocante às forças armadas e à polícia, a possibilidade de a legislação e das práticas nacionais “determinarem até que ponto as garantias previstas na presente Convenção são aplicáveis”. Já o seu artigo 3º traz a ressalva para a Administração Pública quanto à fixação, pela legislação, de “modalidades particulares de aplicação dessa Convenção”. Já a Convenção nº 151, específica para o setor público, preconiza em seu artigo 7º a adoção de:

[...] medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação entre as autoridades públicas competentes e as organizações de empregados públicos sobre as condições de emprego, ou quaisquer outros métodos que permitam aos representantes dos empregados públicos participarem na determinação de tais condições.

Referida convenção igualmente ressalva aos Estados nacionais a possibilidade de modular a aplicação de suas garantias tanto às forças armadas e à polícia (artigo 1.3) quanto “aos trabalhadores da Administração Pública de alto nível, cujas funções são normalmente consideradas de formulação de políticas ou direção ou

³¹ CAMPOS, S. Crise do Estado ou estado da crise? O ajuste orçamentário e a precarização da função pública. *Revista Fórum de Direito Sindical*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 53-89, jul./dez. 2015. p. 67.

³² Ratificada por meio do Decreto Legislativo nº 206, de 7 de abril de 2010, e promulgada pelo Decreto nº 7.944, de 6 de março de 2013.

³³ Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22, de 12 de maio de 1992, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 1.256, de 29 de setembro de 1994.

aos trabalhadores da Administração Pública cujas responsabilidades tenham um caráter altamente confidencial”.

De acordo com Stanley Gacek e Ana Virgínia Gomes,³⁴ revela-se “essencial para o reconhecimento pleno da negociação coletiva dos servidores públicos, a interpretação e aplicação sistemática das Convenções nº 151 e nº 154 (adotada pela CIT em 1981)”.

Quanto ao valor jurídico de tais convenções na ordem jurídica nacional, deve-se considerar o conteúdo delas, que, por disporem sobre liberdades fundamentais nas relações de trabalho, assumem a condição de normas internacionais sobre direitos humanos. A Convenção nº 151 veio a ser ratificada já na vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º ao artigo 5º, atribuindo aos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos o *status* de emenda constitucional, acaso sejam aprovados com quórum qualificado, enquanto que a Convenção nº 154 é anterior à referida emenda.

Como a Convenção nº 151 não restou aprovada com quórum qualificado e a Convenção nº 154 é anterior à EC nº 45/2014, não cumprem elas o requisito formal para terem *status* de emenda constitucional. Possuem, todavia, no mínimo, de acordo com a perspectiva mais conservadora, a natureza de normas supralegais, de acordo com o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal,³⁵ a propósito da hierarquia de tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos aprovados sem o quórum qualificado ou anteriormente à referida emenda.

Todavia, salienta-se a vertente que considera terem os tratados sobre direitos humanos, ainda que não incorporados ao ordenamento nacional com quórum qualificado, a natureza de norma de direito fundamental em sentido material.³⁶

Destaca Christina Pedreira³⁷ a atenção para o importante fato de o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 466.343-1, com base no artigo 7º, item 7, do Pacto de San José da Costa Rica, ter afastado a possibilidade de prisão do depositário infiel, autorizado pelo artigo 5º, LXII, da CF, de modo que não se trataria de supralegalidade, “pois o texto internacional não só se estabelece acima das leis, mas, sim do próprio texto constitucional”.

Especificamente no tocante à Convenção nº 151 da OIT, dadas suas inúmeras semelhanças com as disposições contidas no artigo 8º do Protocolo Adicional à

³⁴ GACEK, S.; GOMES, A. V. M. A garantia do direito à negociação coletiva no serviço público pela Organização Internacional do Trabalho. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 15-25. p. 23.

³⁵ Sobre paradigma sobre o tema, cite-se o RE nº 349.703/RS.

³⁶ Sobre os direitos fundamentais em sentido material ver, na doutrina brasileira, SARLET, I. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 83.

³⁷ PEDREIRA, C. de A. O valor jurídico das convenções internacionais da OIT. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 27-40. p. 28.

Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San Salvador),³⁸ entende a autora dever-lhe-ia ser dada a mesma linha interpretativa adotada pelo STF, com sua equiparação às normas constitucionais, até por terem seguido o mesmo procedimento de ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Igualmente, Gerson Lima³⁹ posiciona-se pela natureza de norma constitucional da Convenção nº 151 da OIT, compreendendo encontrar-se seu texto inserido na Constituição com o mesmo valor hierárquico dos artigos 39 a 41, dentro do “Bloco de Constitucionalidade”.

Quer se atribua a tais convenções o *status* de norma constitucional, porque encerram matéria jusfundamental, quer fiquem elas mesmo no patamar da supralegalidade, não se pode deixar de revelar-se incompatível com o atual estado normativo das relações entre a Administração Pública e seus servidores o afastamento, *a priori*, de qualquer forma de diálogo ou negociação, dentro de uma interpretação que não considerou a existência daquelas.

7 Dos espaços de diálogo decorrentes das Convenções nºs 151 e 154 da OIT

Revela-se importante a regulamentação legal para a plena aplicabilidade no âmbito nacional das convenções da OIT referidas, nomeadamente para atribuir valor jurídico aos resultados das negociações, como ocorre, por exemplo, em Portugal e na Espanha. Assim como para definir questões relacionadas aos espaços legítimos de negociação, às categorias de servidores que delas podem participar ou então quedarem excluídas.⁴⁰ Nesse sentido, a Comissão de Peritos da OIT, no ano de 2014, encaminhou ao Brasil requerimento solicitando informações sobre o cumprimento da Convenção nº 151, em especial quanto à edição de lei com a “previsão de um sistema de negociação federal que preveja mecanismos permanentes de negociação, diálogo e mediação de conflitos na Administração Pública, constituindo um modelo para as legislações federais estaduais e municipais”.⁴¹

³⁸ Que trata da liberdade sindical, direito de greve, com referência expressa aos membros das forças armadas, da polícia, bem como de “outros serviços públicos essenciais”, que “estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei”.

³⁹ LIMA, F. G. M. de. Convenção 151-OIT: autoaplicabilidade. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 135-145. p. 138.

⁴⁰ Tal como já defendido em trabalho anterior. SILVA, C. S. Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho: importância da regulamentação legal com efeitos vinculantes do direito à negociação coletiva dos servidores públicos. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 123-134. p. 128-130.

⁴¹ GACEK, S.; GOMES, A. V. M. A garantia do direito à negociação coletiva no serviço público pela Organização Internacional do Trabalho. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 15-25. p. 24.

Nada obstante, a despeito da não regulamentação legal do tema, tendo havido, inclusive, veto ao projeto de lei pela Presidência da República,⁴² que sobre ele tratava, por vício de iniciativa, no tocante à União, e por invasão de competência dos Estados e Municípios, alguns desdobramentos e exigências podem ser apontados a partir da incorporação de tais convenções à ordem jurídica interna.

Assim, podem ser apontados como desdobramentos da Convenção nº 154, de acordo com a OIT, a propósito das “modalidades particulares”⁴³ relativas à Administração Pública, a que ela se refere, as seguintes medidas: a) estabelecimento pelo Congresso de “leque geral”, com pisos e tetos, para negociações salariais no setor público; b) previsão legal de comparecimento de autoridades fazendárias às mesas de negociação; c) previsão de um sistema de negociação dentro do regime estatutário; d) definição inicial, no âmbito legislativo, de termos e condições a serem negociadas.

Ou seja, em face da OIT, o Brasil encontra-se no dever de adoção, no plano legislativo, de medidas para implementação de pleno espaço de desenvolvimento de negociações no âmbito da função pública, o que já foi, inclusive, objeto de cobrança da parte tal organismo internacional, consoante mencionado anteriormente.

Em segundo lugar, tendo em vista, no mínimo a suprallegalidade de tais convenções, não poderia legislação nacional impedir a realização de negociações com base nelas, até mesmo porque tal implicaria enfrentar o processo de denúncia de tais normas internacionais, bem como o transcurso do tempo, perante a OIT, para que o mesmo viesse a surtir efeitos, consoante pontua Gerson Lima.⁴⁴

Se a lei não pode impedir a realização de tratativas/negociações nos domínios da função pública, interessante indagar se decisão judicial poderia fazê-lo, o que remete para a discussão atual acerca do alcance da decisão proferida na ADIN nº 492, pelo STF, mencionada anteriormente.

Faz-se importante considerar haver sido tal decisão tomada anteriormente à conclusão dos processos de incorporação das convenções à ordem jurídica brasileira, de modo que a “negociação coletiva”, referida pelo então artigo 240 e da Lei nº 8.112/90 de fato não possuía respaldo na Constituição, uma vez que o seu inciso XXVI do artigo 7º, que reconhece os acordos e convenções coletivas de trabalho, não veio a ser estendido aos servidores públicos estatutários, pelo artigo 39, §3º, tal como ocorreu como outros direitos trabalhistas, consoante visto anteriormente.

⁴² Tratava-se do Projeto de Lei nº 3.831/15, de autoria do Senador Antônio Anastasia, vetado pelo Presidente da República por meio da Mensagem nº 44/2017.

⁴³ GACEK, S.; GOMES, A. V. M. A garantia do direito à negociação coletiva no serviço público pela Organização Internacional do Trabalho. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 15-25. p. 16-17.

⁴⁴ LIMA, F. G. M. de. Convenção 151-OIT: autoaplicabilidade. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 135-145. p. 138.

Há agora outro fundamento, que não o artigo 7º, inciso XXVI, da CF, para o desenvolvimento de negociação coletiva nos domínios da função pública estatutária, consistente nas convenções da OIT, as quais não se encontram abrangidas pela paradigmática decisão do STF, e que implicam, certamente, procedimentos, estrutura e efeitos também diversos dos acordos e convenções trabalhistas.

Atentando para as peculiaridades próprias de um regime estatutário, com reserva legal sobre pontos centrais, como a questão remuneratória, decerto não se poderia pensar na possibilidade de substituição da lei por instrumentos negociais como fontes imediatas de direitos e obrigações somente por aquelas passíveis de fixação.

Tal não impede, e não impediu de serem realizadas, “negociações” marcadas pela ausência de vinculação jurídica, por meio das Mesas de Negociação Permanente do Serviço Público, no âmbito federal, e que resultaram, desde o ano de 2003 a 2012,⁴⁵ na celebração de “acordos” com as mais diversas categorias, por meio de suas entidades representativas, os quais foram encaminhados, sob a forma de projetos de lei, pela Presidência da República, mercê de sua competência privativa, nos termos do artigo 61, ao Congresso Nacional.

Importante compreender que a realização de tais negociações relativizam o caráter unilateral do regime jurídico, consoante pontua Sarah Campos,⁴⁶ agregando carga de consenso ao projeto de lei a ser enviado ao Poder Legislativo.

Para os assuntos funcionais não submetidos a reserva legal ou já previstos em lei, a qual será objeto de aplicação há plena possibilidade de negociação, em especial, ainda conforme Campos,⁴⁷ para aqueles em que a Administração Pública detém margem de liberdade de atuação, como seria o caso, por exemplo, da fixação de horário para servidor estudante ou com deficiência, nos termos do artigo 98 da Lei nº 8.112/90 e as compensações de jornada.

Além desse, há toda uma gama de assuntos que não possuem natureza remuneratória, como concessão de licenças discricionárias (é o caso da licença capacitação, prevista no artigo 87 da Lei nº 8.112/90, da licença para acompanhamento de cônjuge, do afastamento para trato de assunto de interesse particular, bem como do afastamento para participação em programas de pós-graduação *stricto sensu*, previstos, respectivamente, nos artigos);⁴⁸ acumulação

⁴⁵ CALVETE, C. da S.; GARCIA, M. H. A Convenção n. 151 da OIT e seus impactos para os servidores públicos no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 201-212, ago. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142014000200014&lng=en&nrm=i so. Acesso em: 20 out. 2019.

⁴⁶ CAMPOS, S. A negociação coletiva e o regime jurídico administrativo: espaços legítimos de contratualização. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. (org.). *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 41-57. p. 46.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 52.

⁴⁸ Artigo 87: “Após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da Administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional”.

de períodos de férias e seu parcelamento, de acordo com o artigo 27, *caput* e §3º; estabelecimento de critérios de remoção, dentre outros.

Em tais situações, a adoção de formas consensuais é perfeitamente cabível, devendo preceder à edição de atos unilaterais, por força, sim, das convenções que fazem parte do bloco normativo das relações entre a Administração Pública e os servidores.

E, diante de tal quadro, não há mais como sustentar a completa imunidade do regime funcional brasileiro a pautas negociais, deixando a função pública em desarmonia com a vaga de consensualidade que se espalha por vários setores da Administração Pública, modificando suas relações para com os cidadãos e para com a sociedade civil. Não há fundamento constitucional algum que justifique a exclusão das relações funcionais da concepção de uma Administração Pública democrática e participativa, tendo todo cabimento a indagação a respeito da pertinência do apego à “teoria estatutária”, com a pureza administrativa própria dos finais do séc. XIX, início do sec. XX”.⁴⁹

A autora⁵⁰ da observação acima vai além, afirmando a inexistência, no texto constitucional de 1988, de expressa determinação sobre a natureza estatutária do vínculo entre a Administração Pública e os servidores públicos. Ademais, a incorporação à ordem jurídica brasileira da Convenção nº 151 da OIT, bem como a atuação das mesas de negociação na esfera federal revelariam que o “regime funcional basicamente legalizado/legislado” estaria a dar sinais de exaustão, pelo que propõe uma “laborização da função pública” (não necessariamente sob o pálio da Consolidação das Leis do Trabalho), numa clara aproximação com o Direito do Trabalho, como tem ocorrido na Europa Continental e que prestigia a negociação coletiva na Administração Pública não empresarial.

No mesmo diapasão, Luísa Netto⁵¹ sustenta que a reserva legal da função pública, no caso brasileiro, não implica a adoção de um modelo unilateral “exaustivamente legal”, cabendo também a possibilidade de a lei veicular espaços contratuais. Assim, a “lei base” sobre a função pública estabeleceria os elementos essenciais sobre o regime funcional, deixando margem para tratativas contratuais, até mesmo sobre aspectos remuneratórios, desde que respeitadas as imposições constitucionais relativas à reserva legal.

Filiando-se ou não à possibilidade de adoção de caráter laboral à função pública brasileira, não se pode deixar de reconhecer a inadequação/desatualização tanto da doutrina quanto do entendimento jurisprudencial que afastam a possibilidade

⁴⁹ GOMES, A. C. N. *Emprego público de regime privado: a laborização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 131.

⁵⁰ *Ibidem*. *Passim*.

⁵¹ PINTO E NETTO, L. C. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. *Passim*.

de diálogos institucionais e negociações em seu âmbito, sendo necessário, mesmo sem a regulamentação, por lei, das Convenções nºs 151 e 154 da OIT, a cuja importância já se aludiu anteriormente, conferir graus de aplicabilidade a tais normas, colocando as relações funcionais dentro do espírito democrático que anima a Administração Pública instituída pela Constituição de 1988.

8 Conclusão

A expansão da consensualidade administrativa para diversos setores de atuação da Administração Pública constitui decorrência dos influxos do princípio democrático, revelando-se condizente com a complexidade das questões a serem enfrentadas numa sociedade plural, aberta, em que os conflitos requerem formas de abordagem muitas vezes diferenciadas das técnicas clássicas, marcadas pela unilateralidade.

Assim, possível se faz identificar, no panorama normativo nacional, diversas manifestações da busca de consensualidade no atuar administrativo, tanto no que pertine à vertente de participação do cidadão na construção de decisões estatais e à resolução negociada de conflitos. Tais meios ainda convivem com o exercício de prerrogativas públicas, as quais não deixam de existir, cabendo à Administração Pública realizar o uso de uma ou outra forma de atuação que melhor resposta consiga dar ao problema ou ao litígio com o qual se defronta.

Nada obstante a Constituição de 1988 tenha assegurado várias garantias à função pública, de modo a que assegurar o seu desempenho condizente com os princípios constitucionais da Administração Pública, a concepção estritamente unilateral, legalista sobre os vínculos funcionais adotada pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal isola os mesmos da vertente da consensualidade, ao deixar de admitir a realização de negociações sobre os temas que lhes são afetos.

Semelhante perspectiva, todavia, restou firmada antes da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, da Convenção nº 151, da OIT, que trata das Relações de Trabalho na Administração Pública, e sem considerar a também incorporada Convenção nº 154, da OIT, que trata do Fomento à Negociação Coletiva, as quais possuem valor, no mínimo, de supralegalidade, por versarem sobre direitos humanos, e claramente preconizam e prestigiam a realização de negociações, no âmbito dos vínculos funcionais, como forma de composição de interesses e solução de conflitos.

Há importante mudança, assim, no panorama normativo da função pública brasileira, e, mesmo a despeito da ainda não regulamentação legal de tais convenções, não se lhes pode deixar de reconhecer certos graus de aplicabilidade, até mesmo porque, perante a OIT, o Brasil assumiu compromissos delas decorrentes, devidamente exigidos por tal organismo internacional.

E, no tocante às relações entre a Administração Pública e os servidores públicos, embora não se possa, de fato, substituir a lei por instrumentos negociais para os temas a ela reservados, a implementação de diálogos institucionais, procedimentalmente assegurados, antes de sua edição confere-lhes maior carga de consenso. E, quanto aos temas já regulados por lei, havendo margem para a realização de escolhas, a via negocial deve preceder às imposições unilaterais.

Assim, as convenções da OIT constituem fundamento para a flexibilização do estrito legalismo e unilateralidade dos vínculos da função pública na realidade brasileira, colocando-os dentro do espírito democrático que anima a Administração Pública instituída pela Constituição de 1988.

Referências

BATISTA JR., O. A. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

CALVETE, C. da S.; GARCIA, M. H. A Convenção n. 151 da OIT e seus impactos para os servidores públicos no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 28, n. 81, p. 201-212, ago. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142014000200014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 out. 2019.

CAMPOS, S. A negociação coletiva e o regime jurídico administrativo: espaços legítimos de contratualização. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. (org.). *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 41-57.

CAMPOS, S. Crise do Estado ou estado da crise? O ajuste orçamentário e a precarização da função pública. *Revista Fórum de Direito Sindical*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 53-89, jul./dez. 2015.

DE PALMA, J. B. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2014. 481f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ESTORNINHO, M. J. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

FALEIROS JR., J. L. de M. A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. *Revista Digital de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto*, Ribeirão Preto, v. 4, n. 2, p. 69-90, jul. 2017

FLEINER, F. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Madrid: Labor, 1933.

FREITAS, J. Regime constitucional das carreiras de Estado. In: XIMENES, P. (org.). *Direito Constitucional contemporâneo*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 495-519.

GACEK, S.; GOMES, A. V. M. A garantia do direito à negociação coletiva no serviço público pela Organização Internacional do Trabalho. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. *A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 15-25.

GOMES, A. C. N. *Emprego público de regime privado: a laborização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

- LIMA, F. G. M. de. Convenção 151-OIT: autoaplicabilidade. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. A *Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 135-145.
- LIMA, R. M. R. *Administração Pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MARTÍNEZ, G. C. *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*. Navarra: Arazandi, 2008.
- MAYER, O. *Derecho Administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. II.
- MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- OLIVEIRA, F. P.; CAMPOS, D. D.; MACHADO, C. *Uma Administração Pública moderna e mais próxima do cidadão?* Coimbra: Almedina, 2018.
- OTERO, P. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016.
- PEDREIRA, C. de A. O valor jurídico das convenções internacionais da OIT. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. A *Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 27-40.
- PINTO E NETTO, L. C. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SARLET, I. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, C. S. Convenção 151 da Organização Internacional do Trabalho: importância da regulamentação legal com efeitos vinculantes do direito à negociação coletiva dos servidores públicos. In: GOMES, A. V. M.; SILVA, C. S. A *Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2017. p. 123-134.
- SILVA, C. S. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- TÁCITO, C. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Clarissa Sampaio. Consensualidade administrativa e relações funcionais: a abertura de espaços de diálogo na realidade brasileira em decorrência do princípio democrático e das Convenções nº 151 e nº 154 da OIT. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 201-222, jul./set. 2020.
