

NEY JOSÉ DE FREITAS

**O ESTADO EMPREGADOR E A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM
FACE DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO**

Curitiba

novembro/2000

NEY JOSÉ DE FREITAS

**O ESTADO EMPREGADOR E A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM
FACE DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de mestre em direito econômico e
social do Programa de Pós-graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho


Curitiba

2000

O ESTADO EMPREGADOR E A RESCISÃO DO CONTRATO DE
TRABALHO EM FACE DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DO ATO
ADMINISTRATIVO

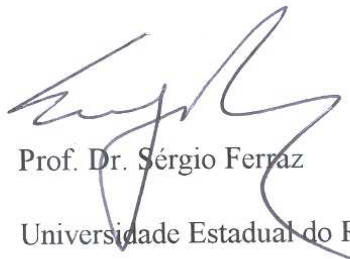
Ney José de Freitas

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre
em direito econômico e social do Programa de Pós graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná.




Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Sérgio Ferraz
Universidade Estadual do Rio de Janeiro



Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, novembro de 2000.

NEY JOSÉ DE FREITAS



**O ESTADO EMPREGADOR E A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM
FACE DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de mestre em direito econômico e
social do Programa de Pós-graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Dis
340
F 866 e
2000

Curitiba

2000

O ESTADO EMPREGADOR E A RESCISÃO DO CONTRATO DE
TRABALHO EM FACE DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DO ATO

ADMINISTRATIVO

Ney José de Freitas

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre
em direito econômico e social do Programa de Pós graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná.



Orientador: ~~Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho~~

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Sérgio Ferraz

Universidade Estadual do Rio de Janeiro



Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Universidade Federal do Paraná

Curitiba, novembro de 2000.

À memória de meus pais, José e Francisca.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pela força do exemplo e a honra da amizade.

Aos Professores Sérgio Ferraz e Luiz Alberto Blanchet, com admiração e apreço.

Para Rose, Elise, Leonardo, João Carlos e Carlos Eduardo, minha família, com amor.

Para Ilse e Luciano, pelo inestimável auxílio.

Para o Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, com profundo respeito.

Para meus amigos, todos, no silêncio da dedicatória não escrita, pela incalculável colaboração para o cumprimento desta etapa da minha vida.

SUMÁRIO

RESUMO	ix
ABSTRACT	x
1 INTRODUÇÃO	11
2 FUNÇÕES ESTATAIS	14
3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS	21
4 PRINCÍPIOS E REGRAS - POSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO	31
5 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	37
6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	
DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	41
6.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE DO PARTICULAR.....	41
6.2 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS E INTERESSES PÚBLICOS.....	43
6.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	44
6.4. PRINCÍPIO DA FINALIDADE	47
6.5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	48
6.6 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	49
6.7 PRINCÍPIO DA BOA FÉ.....	52
6.8 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	54

6.9 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	55
6.10 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO	57
6.11 PRINCÍPIO DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO ...	59
6.12 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	60
7 O ESTADO EMPREGADOR	63
7.1 SERVIÇO PÚBLICO.....	63
7.2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	67
7.2.1 SUBSIDIARIEDADE	70
7.2.2 VINCULAÇÃO	72
7.3 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	79
8 O ATO RESCISÓRIO DO CONTRATO DE TRABALHO	
COMO ATO ADMINISTRATIVO	84
9 O ATO ADMINISTRATIVO DE DESPEDIMENTO	
EM FACE DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	93
9.1 MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	93
9.2 O ATO DE DESPEDIMENTO DE EMPREGADO PÚBLICO.....	101
9.3 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	107
10. CONCLUSÕES.....	116
11. BIBLIOGRAFIA.....	121

RESUMO

O presente estudo pretende investigar a condição do Estado quando assume a figura de empregador submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, em especial no que toca a possibilidade de despedimento de seus empregados, diante da existência de um regime jurídico de trabalho de natureza híbrida, onde interagem princípios e regras de direito administrativo e de direito do trabalho. Merece, portanto, estudo e reflexão a liberdade de conduta permitida pela norma trabalhista e os limites impostos ao agir do Estado empregador. O manejo do princípio da motivação impõe um exame, ainda que aligeirado, a respeito da imperatividade e eficácia dos princípios jurídicos, marcando-se, tanto quanto possível, a distinção entre os princípios positivados (explícitos no ordenamento jurídico) e outros, conhecidos como princípios gerais de direito, que se acomodam na ordem posta, em estado de latência, e necessitam, para a aplicação no caso concreto, de um desvelamento a ser realizado pelo intérprete. Com amparo em respeitável doutrina (Dworkin, Alexy e Canotilho) busca-se a distinção entre princípios e regras, ao impulso da idéia de que o sistema jamais poderia sobreviver apenas confortado por regras, pena de mostrar-se impotente na solução do amplo espectro de dificuldades que a realidade coloca e que a ordem jurídica estabelecida não é capaz de resolver. De outra parte, foi clara a intenção de demonstrar a importância do regime jurídico administrativo como conjunto de princípios e regras que conformam a atividade administrativa. Neste ponto, surgiu a necessidade imperiosa de delimitar a abrangência da expressão Estado empregador e concluiu-se que o aludido termo alberga em seu interior a administração direta e indireta, indistintamente. E vai além, no sentido de afirmar que é irrelevante a distinção entre empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e aquelas outras preordenadas à intervenção na atividade econômica na forma do artigo 173 da Constituição Federal de 1988. Em seguida, procura-se conduzir para o debate a questão de saber se o ato rescisório do contrato de trabalho de empregado público integra o conceito de ato administrativo. Estabelecidas as premissas de que o Estado, em hipótese alguma, se equipara ao particular quando assume a condição de empregador submetido ao regramento contido na CLT e que, de outro lado, o regime que os vincula é de natureza híbrida, a conclusão deságua, tranqüilamente, no sentido de que o ato de dispensa do empregado público é ato administrativo. Entender o contrário fere a lógica e o bom senso e, ao mesmo tempo, não oferece ao ato enquadramento jurídico algum, fato que não se compadece com a idéia de sistema no campo da ciência jurídica. Dito isto, o terreno mostra-se preparado, adequadamente, para se sustentar que o ato rescisório que despede empregado público necessita, sempre, de fundamentação suficiente, pena de invalidade e, portanto, sem repercussão nenhuma no plano jurídico, em total desprestígio ao Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This research means to inquire into the condition State takes on when submitted to labor regulations as an employer, specially as regards to the possibility of dismissing public employees while undergoing a hybrid regulation, consisted of administrative principles and rules besides labor law. The matter in hand - the liberal conduct enabled by labor law contrasting to the limits of Public Administration - deserves study and meditation. Handling the principle of motivation enforces the survey of legal principles, discriminating, as well as possible, positive principles - that formally appear in the organic law- from those ones known by general law principles - that may be settled on organic law waiting for the interpreter to disclose them in order to be enforced in a real case. The best doctrine (Dworkin, Alexy and Canotilho) provides distinction between principles and rules, drove by the idea that system could not survive strengthened in rules only, on pain of showing helpless to settle the large range of factual problems that organic law is unable to clear up. By the other side, there is a clear intention to show the magnitude of administrative ruling as na aggregation of principles and rules that composes administrative activity. This causes to appear the indispensable demarcation of the phrase "State employer" and draws an inference that it can mean public administration itself as well as indirect administration. It goes further, enabling the assertion that distinction between public administration and delegate or agent (Federal Constitution, 173) is not outstanding. Next, the matter at issue is inquiring after the dismissal of civil servant integrates the concept of administrative act. Established the premises that State can never put on a par with private individual while turning into an employer under labor law, and that the entailment with the employees has hybrid nature, it is possible to conclude that the act of dismissal is an administrative act. Anyother apprehension will contradict logics and good sense while restrains incasing the act as a legal act, that does not comport with the idea of system in law as a science. In view of this, it is possible to conclude, properly, that the dismissal of public servant needs, always, adequate motive, under penalty of disability and therefore, with no significance on legal ordinance, wich means loss of prestige to Democratic State of Law.

1 INTRODUÇÃO

O tema, objeto de exame nesta dissertação, longe de encontrar-se esgotado, fervilha em seus instigantes desafios. A figura do Estado Empregador, embora seja assunto versado, e, assim, não detenha sabor de novidade, nem por isto perdeu a aridez e nem o seu denso conteúdo de complexidade.

É que o conceito moderno de serviço público, como afirma Caio Tácito¹, ultrapassou o quadro tradicional da Administração Pública para se expandir em novas modalidades de pessoas administrativas, não apenas descentralizadas como ainda modeladas, em busca de eficiência operacional, em padrões estruturais inspirados em símiles de direito privado.

De outro lado, no que atine ao pessoal a serviço do Estado registrou-se, no rolar do tempo, uma tendência pendular, que provoca uma intensa oscilação da norma jurídica aplicável, pois, ora prevalece o sistema previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, para, depois, em outro momento histórico, predominar o regime estatutário.

Com o advento da Constituição do Brasil de 1988, instalou-se o denominado regime jurídico único.² Neste ponto surgiu aguda controvérsia a respeito do regime jurídico desejado pelo texto constitucional. Parcela considerável da doutrina entendeu que seria de natureza estatutária. Outro segmento defendia tese no sentido de que,

1 TÁCITO, C. *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 667-668.

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

dependendo da opção exercida pela pessoa política, poderia ser de índole trabalhista, desde que único.

No âmbito da União prevaleceu o regime legal (Lei n.º 8112/90³), fato que se irradiou para Estados e Municípios. Contudo, uma parte nada desprezível de municípios, notadamente, adotou o regramento contido na Consolidação das Leis do Trabalho. Recentemente, foi editada a lei federal n.º 9962, de 22 de fevereiro de 2000, publicada no Diário Oficial da União do dia imediatamente seguinte, onde se estabeleceu a aplicação da Consolidação das Leis do Trabalho no que atine a relação de emprego do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional.

A opção política antes aludida, no âmbito da União, no que se refere a seus servidores, demonstra a necessidade de esquadriñar-se, de modo exauriente, a posição do Estado Empregador em face, não apenas, do regramento contido na CLT, mas, diante da aplicação direta de princípios e regras originários do Direito Administrativo.

Conectado à figura do Estado empregador pretende-se investigar, de modo específico, a questão relativa ao ato de despedimento do empregado público. Para este exame, parte-se de uma premissa, desfazendo equívocos: a relação jurídica que ata o empregado público ao Estado Empregador é híbrida, recebendo o impacto de normas de direito do trabalho e de direito administrativo.

Em conseqüência, parece razoável admitir que o ato de despedimento está vinculado, de modo irreversível, ao princípio da motivação, estabelecendo, deste

3 BRASIL. Lei n.º 8112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em substituição à Lei n.º 1711, de 28 de outubro de 1952, que dispunha sobre o *Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União*.

modo, os contornos de legalidade que devem cercar o ato estatal que provoca o desligamento do empregado público.

Para atingir este alvo, o trabalho perpassa o exame da noção de princípio jurídico, bem como a sua imperatividade e eficácia. A necessária distinção entre princípio e regra. Prossegue examinando as funções estatais, com enfoque especial para a função administrativa. Reconhece e proclama a importância da compreensão do que seja regime jurídico administrativo. Discorre sobre os princípios constitucionais do Direito Administrativo. Centra a atenção sobre a figura do Estado Empregador, e, aqui, tenciona ampliar o conceito de ato administrativo para nele embutir o ato de despedimento do empregado público, com todas as conseqüências decorrentes desta forma de examinar o tema jurídico em destaque.

Por fim, na parte fundamental da dissertação, procura-se demonstrar que o ato de despedimento não pode, em hipótese alguma, fugir ao princípio da motivação (ou da fundamentação, como querem alguns) para o efeito de validade da vontade estatal perante o ordenamento jurídico.

2 FUNÇÕES ESTATAIS

A doutrina, com reflexos na jurisprudência dos Tribunais, tem utilizado a expressão poderes do Estado, não obstante a vigorosa crítica de Duguit quando afirma que o *Estado não tem poderes, tem funções*. Em verdade, o Estado e, por consequência, os agentes que manifestam a sua vontade no mundo externo, têm deveres e por este motivo recebem parcela de poder com o objetivo de proporcionar a possibilidade do exercício da função posta pelo ordenamento jurídico.

A fração de poder ofertada ao agente público tem, portanto, feição instrumental e não constitui, por assim dizer, um fim em si mesma. Não pode ser utilizada para saciar interesses pessoais ou idiossincrasias do agente público, pois, neste caso, desborda do seu leito normal e gera, via de consequência, ato inválido perante o direito.

A esse respeito, Gordillo expende interessante aporte doutrinário quando afirma: “Com maior clareza, fala-se mais de ‘separação de funções’, do que separação de poderes, uma vez que o poder é um só; porém, mantém-se o princípio de que ela tem por finalidade coordenar o exercício do poder público e evitar que possa ser fonte de despotismo ou arbitrariedade”.⁴

Dissertando sobre a existência de um ideal de Estado, João Feder, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, teve a oportunidade de anotar que “o exemplo de um lugar onde ninguém tem poderes é valioso como indicador do ideal perseguido, um Estado para servir e com autoridade, apenas quando necessário para o

4 GORDILLO, A. *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 110.

cumprimento das suas legítimas funções. Ou seja, o oposto do Estado Poder. Um Estado que possa responder a seus membros: ninguém aqui tem poderes, todos aqui tem deveres. Essa resposta será ainda mais gratificante a toda a nação quando se completar: e todos cumprem esses deveres”.⁵

Os dois autores antes citados, sem dúvida, atingem o mesmo alvo: a manifestação de vontade do Estado ocorre no exercício de suas funções e o poder deve ser utilizado como instrumento indispensável para que o interesse público seja preservado. Nada mais. Nada menos. Aliás, embora este não seja o momento adequado, caberia uma reflexão a respeito da existência do Estado, no pleno exercício de sua soberania, nos dias que correm. Tal forma de observar o fenômeno estatal permite uma constatação simples.

O Brasil, por exemplo, e os jornais repetem diariamente, presta contas de todos os seus atos a organismos internacionais — notadamente o Fundo Monetário Internacional — o que, na realidade, coloca, em todos, profunda dúvida a respeito da existência da possibilidade do pleno exercício das funções historicamente desenvolvidas pelo Estado Moderno. De qualquer forma, no plano acadêmico, é necessário, sem dúvida, o exame da atuação estatal, para o efeito de localização do tema jurídico objeto desta dissertação.

Remonta a Aristóteles a idéia de repartição das funções estatais. Contudo, foi Montesquieu quem concebeu a forma atual de divisão da atividade do Estado.

No fundo, bem no fundo, a origem da distribuição de funções procura resolver uma questão crucial para o homem: o exercício do poder.

5 FEDER, J. *Estado sem Poder*, São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 218.

Para conceber a sua teoria, depois de visitar a Inglaterra e meditar sobre a prática constitucional desse país, concluiu Montesquieu que todo homem que exercita o poder, tende a dele abusar. Logo, por um imperativo lógico seria necessário separar os poderes. Entendeu, de logo, que não havia qualquer possibilidade de contenção do poder, senão pelo próprio poder. Assim, surgiu a fragmentação. Vale dizer: dividir o poder, para que as partes contenham-se, reciprocamente.

As linhas fundamentais de conjunto desta teoria repousam no seguinte esquema teórico: quem legisla, não executa e nem julga. Quem executa não cria a lei e nem exerce jurisdição e, por fim, aquele que julga não gera lei e nem pratica atos de execução. Esta forma de pensar o exercício do poder, gerando a atividade legislativa, executiva e judiciária encontra-se incorporada na prática constitucional da maioria dos países civilizados.

Anna Cândida da Cunha Ferraz averba que o essencial da doutrina da separação dos poderes, para o efeito da garantia de respeito às liberdades, é dividir o exercício do poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos capaz de conter os poderes e fazê-los andar “de concerto”.⁶

É preciso admitir, contudo, que o princípio da separação de poderes (a expressão é utilizada por força da sua consagração no campo da ciência do direito) merece o tempero da relativização, como pondera Clèmerson Merlin Clève quando examina, longa e detidamente, a evolução da teoria de Montesquieu, bem como sua aplicação na atualidade. A conclusão é certa: “A missão dos juristas, hoje, é adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes

6 FERRAZ, A . C. C. *Conflito entre Poderes*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 13.

e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (os tais mecanismos) mais seguros e eficazes”.⁷

A respeito do assunto, Kelsen tem ponto de vista interessante, quando adverte que as leis são criadas pelo poder legislativo e executadas pelo poder executivo e pelo poder judiciário.⁸ Em seguida conclui no sentido de que, no fundo, a tricotomia usual resolve-se numa dicotomia, a distinção fundamental entre *legis ratio* e *legis executio*. É bem verdade que o citado autor reconhece que o executivo exerce duas funções distintas, freqüentemente: a função política, conhecida na terminologia francesa e alemã como função de governo, e a função administrativa. E conclui que, assim, as funções do Estado provam ser idênticas às funções essenciais do Direito. É a diferença entre criação e aplicação do Direito que se expressa na distinção entre os três poderes do Estado.

Gordillo⁹ trata das dificuldades e soluções existentes no que atine a divisão de poderes no dias atuais. Na verdade, os empecos surgem de uma constatação inevitável: inexistente exclusividade no exercício das funções tripartidas. É dizer, de outra forma, que o legislativo edita como ato típico a espécie normativa a que denominamos lei. Todavia, de modo atípico, pode expender ato de natureza executiva (quando edita atos referentes aos servidores da mesa) ou de natureza jurisdicional (quando profere decisão a respeito da prática do crime de responsabilidade do Presidente da República, de Ministros do Supremo Tribunal Federal ou do Procurador Geral da República).

7 CLÈVE, C.M. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p.07 et seq.

8 KELSEN, H. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins, 1995. p. 250-251.

9 GORDILLO, *Princípios...* p. 110.

De igual modo, Egon Bockmann Moreira, em texto do seguinte conteúdo: “Inicialmente, frise-se que o exercício de função é inerente a toda atividade da Administração Pública”. E prossegue da seguinte forma: “Pouco importa se há pessoa privada envolvida; se o ato é unilateral e se exaure em si mesmo; se o tema é *interna corporis*; se se cuida de mero processamento burocrático da atividade administrativa do Estado”.¹¹

Anota Lúcia Figueiredo que, no conceito de função administrativa, há acirrada controvérsia de ordem semântica entre os autores.¹² A bem da verdade, o conceito é útil para o efeito de delimitar o objeto da investigação e, assim, possibilitar o surgimento de uma comunicação adequada.

De qualquer forma, para que seja possível dizer sobre o objeto é imperioso estabelecer os seus limites de possibilidades. Na realidade, como afirmou a autora antes aludida, a diferença entre os autores ocorre, em geral, no plano semântico e não em relação ao conteúdo. Assim, antes de optar por um conceito fornecido pela doutrina, vale a pena tecer ligeiro comentário a respeito do vocábulo ‘função’ no plano da ciência do direito.

É ponto assente, diz Celso Antonio, que a administração exerce função: a função administrativa. E prossegue lecionando no sentido de que existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las.¹³

11 MOREIRA, E. B. *Processo administrativo - Princípios constitucionais e a lei n.º 9.784/99*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 22.

12 FIGUEIREDO, L. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 58.

13 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1989. p. 21.

O exercício de função — seja no campo do direito público ou privado — implica, sempre, no desempenho de atividade em proveito de terceiro. Assim, para alvejar o objetivo que o exercício da função impõe, é que se oferece ao devedor dessa função determinado arsenal de instrumentos. Mas, é preciso compreender que as ferramentas somente podem ser utilizadas para o exercício da mencionada função, pois manejo diverso implica em desvio de função, passando ao largo do que deseja o ordenamento jurídico.

Neste contexto, quem exerce função pública está vocacionado, de modo inexorável, à fatalidade da busca do interesse público. Em última razão, tudo se resume na envolvente lição de Cirne Lima, quando asseve que a relação de administração estrutura-se ao influxo de uma finalidade cogente, impondo ao administrador uma gama de deveres, vinculando-o ao cumprimento da finalidade assinalada no ordenamento jurídico.¹⁴

É possível concluir, como disse Lúcia Valle Figueiredo, que “a função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas) atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.”¹⁵

14 CIRNE LIMA, R., *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 21.

15 FIGUEIREDO, *Curso...*, p.29.

A respeito do tema o citado Professor Luiz Fernando Coelho acrescenta interessante achega doutrinária:

“O uso da expressão “ princípios gerais de direito” iniciou-se em meio à ambiência forjada pelo positivismo, num contexto em que a concepção dogmática do direito se afirmava em sua plenitude, expressada na França pela escola da exegese, na Alemanha pelo conceitualismo jurídico e na Inglaterra pela jurisprudência analítica. A ambiência positivista em que se desenvolveu a teoria dos princípios levou a que se procurasse eliminar dos textos legais as tradicionais referências ao direito natural, entendendo-se que só seriam admitidos como jurídicos os imperativos efetivamente incorporados ao direito positivo; e, assim mesmo, em se tratando de procedimento integrativo de lacunas, aparecem numa ordem hierárquica onde são precedidos pela analogia e pelo direito consuetudinário, às vezes pela equidade”.¹⁸

É bem verdade que os princípios jurídicos, embora enaltecidos, no momento atual ainda se encontram carentes do beneplácito do consenso doutrinário.

Reportando-se à doutrina espanhola, Joaquim Arce y Flóres Valdés¹⁹ expressou valiosa contribuição doutrinária, ao dizer que nossa doutrina jurídica ou bem mitifica os princípios gerais de direito, maximizando sua valoração, ou, pelo contrário, minimiza sua função até reduzi-los a um esvaziamento de conteúdo que os faz intrascendentes.*

De qualquer sorte, uma conclusão — embora liminar — é possível de se extrair: nos dias que correm não é possível pensar o direito sem a presença dos princípios

18 COELHO, L. F. *Princípios Gerais de Direito*, texto inédito, p. 11.

19 ARCE Y FLÓRES VALDÉS, J. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Cuaderno Cívitas, 1990, p. 21.

* “Nuestra doctrina jurídica o bien mitifica los principios generales del Derecho, maximalizando su valoración, o, por el contrario, minimiza su función hasta a reducirlos a un vaciamiento de contenido que les hace intrascendentes”.

jurídicos (ou princípios gerais de direito, como querem outros), pois, como afirmou Sérgio Ferraz ao tratar do tema ‘Princípios Jurídicos: imperatividade e eficácia’, em palestra proferida no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em Curitiba: “O ordenamento jurídico é muito mais do que a lei. O ordenamento jurídico é uma ambiência. Nessa ambiência transitam vários tipos e subtipos de preceitos, condutas, de regras e de diretrizes. E tem nesse particular, nesse caldo, nesse tecido enorme, uma importância nuclear e fundamental, a temática dos princípios”.²⁰

Não obstante a importância dos princípios no sítio do direito, não conseguiu a doutrina — pelo menos até o momento — conceituar o aludido instituto jurídico.

De início cumpre constatar que a expressão princípios jurídicos é, de fato, polissêmica, comportando, por este motivo, uma carga considerável de significações.

Aponta Genaro Carrió nada menos do que sete significados para a expressão princípio e, depois, indica onze significações em relação à voz princípio jurídico, o que, de logo, sugere a dificuldade que se apresenta para o exame deste tema jurídico.²¹

Em investigação densa de conteúdo, Lênio Luiz Streck informa que os princípios gerais de direito não tem conceito definido, abrindo-se, desta forma, espaço para diversos conceitos, ao sabor da formação de cada autor.²²

Interessante trabalho realizado por Juliana Neuenschwander Magalhães situa os princípios gerais de direito “como paradoxo, na medida em que não existem, porque

20 FERRAZ, S. Palestra proferida no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região em 19 de novembro de 1.999 (texto inédito).

21 CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. p. 208/212.

22 STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 92.

são criados em função das conseqüências que produzem, e, por outro lado, existem, pois, produzem determinadas conseqüências, dando lugar não exatamente a estas conseqüências, que podem não ser exatamente aquelas esperadas, mas a efeitos que surgem em função da expectativa de que tais conseqüências se produzam”.

A mesma autora conclui que eles (os princípios gerais de direito) são concebidos como estruturas elásticas o suficiente para compensar a rígida binariedade do código legal e do ilegal.²³

A respeito do conceito de princípios gerais de direito, Luiz Prieto Sanchís²⁴ ponderou que não se trata só, e nem fundamentalmente, de uma definição léxica que pretenda aclarar o significado das disposições normativas, como querem as definições da dogmática, mas uma definição estipulativa ou convencional construída pelo teórico “em função de sua aptidão para explicar e sistematizar os fenômenos observados em sede dogmática”; o conceito de princípios pode conceber-se, assim, como um termo teórico “que designa conceito carente de uma relação semântica imediata com a realidade jurídica observável”. *

Em sua raiz etimológica, princípio descende do latim *principiius*, *principii*, encerrando a idéia de começo, origem, ponto de partida. Como disse de modo elegante Carmen Lúcia Antunes Rocha “o princípio é o verbo(...). No princípio repousa a

23 MAGALHÃES, J. N. *O uso criativo dos Paradoxos do Direito*. in: *Paradoxos da Auto Observação*, Org. Leonel Severo Rocha, Curitiba, JM Editora, 1996. p. 270/271.

24 SANCHÍS, L. P. *Sobre princípios y normas...* p. 25.

* “La definición de los principios no es sólo ni fundamentalmente una definición lexical que pretenda aclarar el significado de las disposiciones normativas, como quieren ser las definiciones de la dogmática, sino que es una definición estipulativa o convencional construida por el teórico ‘em función de sua aptitud para explicar e sistematizar los fenómenos observados em sede dogmática’; el de principios puede concebirse así como un término teórico que designa un concepto carente de una relación semántica inmediata com la realidad jurídica observable”

essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado”.²⁶

Dissertando sobre o assunto, Geraldo Ataliba gravou em pedra a lição de que princípios são linhas mestras, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos de governo.²⁷

Na mesma linha de pensamento, para Miguel Reale princípios são verdades fundantes de uma sistema de conhecimento, como tais admitidos ou terem sido comprovados, mas também por motivos de ordem, de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.²⁸

Deles tratou Gordillo, quando ensina que princípio é, ao mesmo tempo, norma e diretriz do sistema, informando-o visceralmente.²⁹ E Juan Manuel Teran, ao asserir que o princípio assemelha-se ao alicerce de um edifício, já que suporta o sistema e lhe dá consistência.³⁰

Oferecendo sua contribuição, o Professor Sérgio Ferraz averbou: “Princípios são grande diretrizes, grandes orientações de idéias que devem, necessariamente,

26 ROCHA, C. L. A. . *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

27 ATALIBA, G. *República e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 6.

28 REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 299.

29 GORDILLO, A. *Introducción al Derecho Administrativo*, v. I, Abeledo Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1966, p. 176.

30 TERAN, J. M. *Filosofía Del Derecho*. México: Porrúa, 1951. p.87

incidir na informação, conformação e no entendimento de determinado conceito, instituto ou segmento do direito”.³¹

No campo do direito brasileiro, sem dúvida, o conceito mais difundido, em decorrência da sua força de convencimento, pertence a Celso Antonio³²: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de uma sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

Por derradeiro — como chave de ouro — cumpre citar, como fez Ataliba, na obra antes citada, a palavra de Ruy Barbosa³³, quando grafou, lapidarmente: “A evidência das regras diretrizes, a luz do alto que desce dos princípios, ilumina os casos particulares, citando, a cada ocorrência imprevista, a cada combinação dos fatos, a solução definida pelas necessidades da harmonia geral”.

Contudo, a virtualidade contida no interior dos princípios não tem sido utilizada na prática da ciência jurídica. Impera, sem dúvida, uma perspectiva dominada pela dogmática, com largos prejuízos para a evolução do direito.

31 FERRAZ, Palestra...,1999.

32 BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 20.

33 BARBOSA, R. Discurso no Senado Federal em 3.7.1.891. *Anaes do Senado federal*, Sessão de 5 a 15 de julho de 1891, I, Rio de Janeiro, 1891. p. 194.

Por este motivo, Fábio Comparato, citado por Walter Claudius Rothenburg,³⁴ lamentou verificar que o positivismo de superfície tem conduzido ao abandono dos princípios — necessariamente gerais — como base de toda a teoria jurídica duradoura.

Ofertados vários conceitos de princípios jurídicos, esclarecendo que o conceito é meramente referencial, útil para a delimitação do tema jurídico em exame — e renunciando, de certa forma, a um exame mais amplo — passa-se a tratar, neste amplo e fértil campo, de dois aspectos fundamentais para o encaminhamento das idéias que se pretende expor a respeito do assunto: a distinção entre princípios positivos ou positivados e os denominados princípios gerais de direito e a seguir, ainda, o ponto de discrimen entre princípios e regras jurídicas.

No direito brasileiro, quem examinou o assunto com muita propriedade foi Eros Roberto Grau.³⁵ Desenvolveu o aludido jurista exposição lúcida, com extensa fundamentação doutrinária e conclusões que, com a devida licença, serão absorvidas totalmente no decorrer deste capítulo.

Em Antoine Jeammaud, encontra Eros Roberto Grau distinção relevante entre princípios gerais do direito e princípios jurídicos que constituem regras.

Princípios jurídicos que constituem regras não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, mas tão somente como vigentes e/ou eficazes ou como não vigentes e/ou ineficazes. Pertencem à linguagem do direito.

34 ROTHENBURG, W. C. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 14.

35 GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1988. p. 78.

Os princípios gerais do direito pertencem à linguagem dos juristas. São proposições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo.

Em determinados casos, prossegue a lição de Jeammaud, um princípio geral do direito é usado pela jurisprudência para fundamentar uma decisão. Nesse caso, o princípio é descoberto no ordenamento positivo. O princípio descritivo é, assim, transformado em princípio “positivado”, de inspiração doutrinal. É a tais “princípios gerais do direito” que se refere o art. 4º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil.³⁶ Princípio geral do direito é, assim, princípio ainda não “positivado”, mas que pode ser formulado ou reformulado pela jurisprudência. a expressão “princípios jurídicos que constituem regras jurídicas”, utilizada por Antoine Jeammaud é substituída por princípios positivados ou positivos ao lado da expressão princípios gerais do direito.³⁷ Esta forma de abordagem é fundamental para o entendimento do núcleo desta dissertação, pois toca com a distinção existente entre princípios positivados e princípios gerais de direito.

De fato, os princípios positivados ou positivos correspondem, exatamente, àqueles que transitaram de uma ambiência de maior densidade de abstração para o plano do direito positivo. Vale dizer: encontram-se, explicitamente, formulados no texto.

36 BRASIL. Decreto-Lei n.º 4657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. “art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Lex 1942/437.

37 GRAU, *A ordem econômica...*, p. 78.

De outra parte, os princípios gerais de direito, ainda na lição de Eros Roberto Grau, encontram-se fora do direito posto, acomodando-se, pois este é o seu lugar, no que denomina direito pressuposto.³⁸

Nada melhor, a respeito da distinção, do que a palavra do autor referenciado quando leciona que tais princípios, em estado de latência existentes sob cada ordenamento, isto é, sob cada direito posto, repousam no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto os encontramos ou não; de lá os resgatamos, se nele preexistirem. Por certo há princípios de épocas históricas, princípios que se reproduzem de modo razoavelmente uniforme em múltiplos direitos pressupostos. Isso não invalida contudo a verificação de que mesmo esses princípios históricos se manifestam — ou não se manifestam — nos direitos pressupostos que a cada direito positivo (direito posto) correspondam.³⁹

Em outras palavras, como conclui Ferrara, citado por Eros Roberto Grau, todo o edifício jurídico se alicerça em princípios supremos que formam as suas idéias directivas e o seu espírito, e não estão expressos, mas são pressupostos pela ordem jurídica. Este princípios obtém-se por indução, remontando de princípios particulares a conceitos mais gerais, e por generalizações sucessivas aos mais elevados cumes. E é claro que quanto mais alto se leva esta indução, tanto mais amplo é o horizonte que se abrange.

No geral, a distinção acima enunciada é suficiente, servindo como um norte para a estruturação da idéia fundamental desta dissertação.

38 GRAU, E. R. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.33-56

39 GRAU, *A ordem econômica...*, p. 102.

4 PRINCÍPIOS E REGRAS. POSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO

A confusão entre regras e princípios jurídicos perdurou por largo tempo.

Contudo, modernamente, tem-se procurado distinguir os conceitos acima mencionados e com real proveito para o progresso científico da ciência do Direito.

A distinção, com efeito, é imperativo lógico. Aliás, já se disse que a ciência é uma forma de linguagem, nada mais. Assim, não é possível — pena de greve desvio de perspectiva — que realidades diversas sejam cobertas pelo mesmo conceito.

O ponto de partida é a afirmação de Eros Roberto Grau no sentido de que um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras, Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de direito.⁴⁰

Com efeito, um ordenamento jurídico conformado somente por meio de regras seria incapaz de dissolver todos os problemas suscitados e que requerem a intervenção da ordem jurídica posta.

Dissertando sobre o assunto, Willis Santiago Guerra Filho teve o ensejo de afirmar que já se vive uma fase de avanço fundamental da teoria do direito contemporâneo que, em uma fase pós-positivista, com a superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, distingue entre normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico deontica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem

40 GRAU, *A ordem econômica...*, p. 76.

semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor que, assim, adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade.⁴¹

A regra jurídica, portanto, está ligada a uma hipótese de fato e às conseqüências jurídicas decorrentes. Os princípios jurídicos, por seu turno, reportam-se à prescrição de valores.

Na verdade, os princípios são densos de conteúdo abstrato, pobres em concretude, o que amplia, sem dúvida, a sua força operativa, servindo para solver casos dotados de alto grau de complexidade, notadamente em sede constitucional.

O mesmo Willis Santiago Guerra Filho, em outra obra, deduz que as regras trazem a descrição de Estados-de-coisa formados por um fato ou um certo número deles. Daí dizer-se que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais lato de generalidade (referente à classe de indivíduos a que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras.⁴²

Examinando o assunto, J.J. Gomes Canotilho oferece critérios de distinção entre princípios e regras, centrados no grau de abstração, de determinabilidade, caráter de fundamentalidade, proximidade da idéia de direito e natureza normogenética.⁴³

41 GUERRA FILHO, W. S. Sobre os Princípios Constitucionais Gerais, Isonomia e Proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*. v.719, setembro de 1995. p. 57-63.

42 GUERRA FILHO, W. S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 44-45.

43 CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. nova edição. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1034 e ss.

Para o citado autor, os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado, enquanto que as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. No que toca à determinabilidade, os princípios necessitam de mediação concretizadora, enquanto que as regras detêm possibilidade de aplicação imediata. Os princípios desempenham papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes. Ainda, os princípios são “standards juridicamente vinculantes radicados na exigência de justiça” ou na idéia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional e, por fim, os princípios são fundamentos de regras, desempenhando, assim, uma função normogenética.⁴⁴

Canotilho sustenta que entre as obras mais representativas a respeito da matéria em pauta encontram-se os trabalhos de Dworkin e Alexy. Assim, para concluir o presente capítulo sumaria-se o pensamento dos aludidos autores.

Para Dworkin as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada (*applicable in all or nothing fashion*).⁴⁵ Por este motivo, Canotilho afirma que a convivência entre regras é antinômica, gerando, sem dúvida, exclusão. Se uma regra tem validade, deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais, nem menos.⁴⁶ O Professor Paulo Bonavides, citado por Paulo Armínio Tavares Buechele, comentando a doutrina de Dworkin, ensina que se ocorrerem os fatos por ela estipulados, então a regra será válida e, nesse caso, a resposta que der deverá ser aceita; se tal, porém, não acontecer, aí a regra em nada contribuirá para a decisão.⁴⁷

44 DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. 2ª reimpressão. Barcelona: Editora Ariel S/A, setembro de 1995. p. 72.

45 *ibid*, passim.

46 CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional...*, p. 1035.

47 BUECHELE, P. A. T. *O Princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.16

No que se refere aos princípios, na obra de Dworkin, a conclusão de Bonavides é de que a dimensão de peso, importância ou valor (obviamente, valor numa acepção particular ou especial), só os princípios a possuem; as regras não, o que faz deste, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas: a escolha ou a hierarquia dos princípios e sua relevância.

Robert Alexy entende que o critério mais utilizado para a distinção entre princípios e regras repousa no alto grau de generalidade de que são portadores os princípios enquanto as regras a possuem em densidade diminuída.⁴⁸

O outro ponto de *discrímen* reside na qualidade de que são dotados os princípios como mandados de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não depende só das possibilidades reais, mas também das jurídicas.*

Por fim, cumpre referenciar que o ponto onde Alexy vislumbra com maior claridade a diferença entre princípios e regras reside nas hipóteses de colisão. O embate entre regras dissolve-se por meio de uma cláusula de exceção que liquida com o conflito, declarando, pelo menos uma das regras, inválida. O dissídio entre regras de direito, assim, pode ser resolvido — sem maiores esforços — pelos meios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico: critérios hierárquico, cronológico ou aquele no sentido de que a lei especial revoga a lei geral, por exemplo.

48 ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

* “mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”

Inexiste, portanto, a possibilidade de convivência entre regras dotadas de conteúdo antinômico. A existência de regras dispostas em sentidos diferentes provocaria uma desarticulação no sistema jurídico, que impõe, sem dúvida, a eliminação de uma delas.

A colisão de princípios segue caminho diverso. Em primeiro lugar cabe dizer que o atrito entre princípios não encontra critério de solução no ordenamento jurídico, por mais que se esforce o intérprete. Vale dizer: a ordem jurídica posta é incapaz de fornecer formulação para apaziguar eventual discórdia entre princípios.

Quando princípios entram em aparente combate, a solução está, exatamente, na marca distintiva de atuarem conjugadamente, complementando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Esta interação recíproca, de que trata Romeu Felipe Bacellar Filho, permite deslocamentos compreensivos, a significar que modificações no entendimento do conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro.⁴⁹ Não se trata, contudo, de caso de invalidade, mas, apenas e tão somente, de diminuição de eficácia do princípio que se afasta na solução do caso concreto.

No fundo é uma questão de peso específico, como explica Alexy⁵⁰: “É isto que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso, prevalecendo o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se resolvem na

49 BACELLAR FILHO, R. F. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 148.

50 ALEXY, *Teoria...*, p. 89.

dimensão da validade; a colisão de princípios - como só podem colidir princípios válidos - tem lugar além da dimensão de validade, na dimensão de peso”.*

Não se concebe a validade simultânea de regras contraditórias, posto que contêm fixações normativas definitivas. Os princípios podem ser objeto de ponderação e de harmonização por conterem exigências ou *standards* que devem ser realizados.⁵¹ É necessário, portanto, estabelecer operações de concordância prática, sem cogitar de sacrifícios unilaterais de um princípio em relação a outro, mas, ao contrário, de harmonização.⁵²

* “Esto es lo que se quiere decir quando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios — como sólo pueden entrar en colisión principios validos — tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”

51 CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional...*, p.1035.

52 BACELLAR, op. cit., p. 148

5 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A questão pertinente ao regime jurídico administrativo está ligada, de certa forma, com a própria autonomia do direito administrativo. No campo doutrinário, a matéria não tem sido objeto de maiores indagações, não obstante a importância do tema.

Dissertando sobre o assunto, Alfredo Rocco afirma a necessidade de três condições para que uma disciplina jurídica detenha autonomia: que possua domínio suficientemente vasto, que possua doutrinas homogêneas presididas por conceitos gerais comuns, distintos de outros ramos do direito, e que possua método próprio.⁵³

Do mesmo sentir é o pensamento de Alfredo Ruprecht, para quem um ramo jurídico pode ser dito autônomo quando reúna uma série de requisitos, entre os quais os princípios diretores que inspiram os caracteres distintivos dos demais ramos jurídicos.⁵⁴ Não discrepa desse entendimento o Professor Alberto Ramon Real ao dizer que o direito administrativo, como ramo autônomo da ciência, tem objeto próprio, método próprio e princípios informativos próprios, reunindo, pois, os requisitos para elaborar seus institutos a partir de categorias jurídicas elaboradas no âmbito do direito comum que, à luz de alguns princípios típicos, proporcionarão os moldes específicos para a problemática administrativa.⁵⁵

53 ROCCO, A. *Princípios de Direito Mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1931. p.69.

54 RUPRECHT, A. *Os princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1995. p. 5.

55 RAMÓN REAL, A. Os princípios gerais de direito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. V. 133, jul./set. 1978. p.343.

Trilhando a mesma senda, Celso Antonio ensina que uma disciplina jurídica é autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Portanto, arremata, só se pode falar em direito administrativo, no pressuposto de que existem princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo uma sistema ou regime: o regime jurídico administrativo.⁵⁶ E recorda a posição do notável Geraldo Ataliba a quem coube esclarecer que o caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.⁵⁷

De forma simples, porém dotado de denso conteúdo, é o conceito nascido da pena de Lúcia Valle Figueiredo, para quem regime jurídico administrativo é o conjunto de regras e princípios a que se deve subsumir a atividade administrativa no atingimento de seus fins.⁵⁸

De fato, o regime jurídico administrativo caracteriza-se, e nem poderia ser diferente, por condensar um conjunto de princípios e regras que conformam um complexo ordenamento jurídico aplicável à Administração Pública e suas manifestações. Em decorrência, toda a atividade administrativa, onde quer que se manifeste, recebe, de logo, o impacto de todo um feixe normativo, compelindo-a, de outro lado, a atingir o fim para o qual foi concebida, ou seja, o interesse público.

56 BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 15.

57 ATALIBA, G. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 4.

58 FIGUEIREDO, L. V. *Curso...*, p. 31.

Percebe-se, assim, como diz Daniel Ferreira, que a finalidade do regime jurídico administrativo seria acomodar as normas jurídicas e institutos atinentes ao direito, ou a uma sua parcela específica em exame, num todo coerente e harmônico. Logo depois, em outro lanço, respondendo a uma eventual questão a respeito da utilidade do regime jurídico administrativo, afirma ser “a de indicar quais são as normas jurídicas imponíveis, os princípios que norteiam sua interpretação e aplicação e a própria delimitação do seu campo de atuação, de maneira a sempre ficar mantida a unicidade e logicidade do sistema a ele reflexo”.⁵⁹

Contudo, a noção de regime jurídico administrativo não se incorporou à nossa prática administrativa, pois, não raro, observam-se condutas em total desacordo com as orientações doutrinárias a respeito deste instituto.

A consagração de um regime jurídico aplicável à Administração Pública teria, quando menos, a possibilidade de estabelecer — dentro dos limites do possível — uma distinção entre o Direito Público e o Direito Privado, como adverte Lúcia Valle Figueiredo.⁶⁰

Celso Antonio enfatiza, também, o valor metodológico da noção de regime jurídico administrativo pela caracterização daquilo que informa e tipifica um conjunto de normas cujas peculiaridades conferem autonomia a determinado ramo do direito, permitindo se lhe reconheça uma identidade própria. Esta noção contamina todos os institutos de direito administrativo, fixa-lhes a identidade e, assim, possibilita uma exata compreensão de suas finalidades.⁶¹

59 FERREIRA, D. *Sanções Administrativas*. São Paulo, 1999. 233 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 101 et seq.

60 FIGUEIREDO, L. V. *Curso...* p. 32.

61 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso...*, p. 35

De modo admirável, conclui, referindo-se aos princípios que compõem a intimidade do regime jurídico administrativo, que desempenham o papel de guia; norte que orienta a compreensão da disciplina e radical que unifica e lhe dá organicidade e coesão.⁶²

Meditando sobre o tema, Dromi teve a oportunidade de ensinar que* a função administrativa constitui o campo de aplicação de um regime jurídico concreto e específico, que confere objeto próprio a esta parcela publicística da ciência do direito. E arremata afirmando que o direito administrativo versa, pois, sobre o regime jurídico da função administrativa. O regime jurídico administrativo compreende as formas jurídicas e as relações jurídicas do serviço administrativo estatal.⁶³

Depois desta ligeira análise do regime jurídico administrativo, é imperiosa uma prospecção detida dos princípios que compõem o regime em tela, com a indicação das matrizes constitucionais expressas, quando existentes, ou o seu desvelamento, quando for o caso.

62 *ibid.* p. 42.

* “La función administrativa constituye el campo de aplicación de un régimen jurídico concreto y específico, que confiere objeto propio a esta parcela publicística de la ciencia del derecho. El derecho administrativo versa, pues, sobre el régimen jurídico de la función administrativa. El regime jurídico administrativo comprende las formas jurídicas y las relaciones jurídicas del obrar administrativo estatal”.

63 DROMI, R. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996. p. 1420.

6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

6.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE DO PARTICULAR

O princípio em tela não se encontra expresso no ordenamento jurídico pátrio. Aliás, talvez por este motivo, apresente-se com invejável riqueza de conteúdo. É que o princípio quando não positivado possui virtualidades inimagináveis, sendo dotado de elevada dose de plasticidade, renovando-se, de modo extraordinário, em sua força operativa.

Conquanto não componha a ordem jurídica posta, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular, mesmo assim, permeia toda a atividade da Administração Pública, funcionando como verdadeira pedra de toque de todo o sistema jurídico administrativo.

Diante da existência de atrito entre o interesse público e o interesse do particular, prevalece aquele resguardado pela Administração Pública. Este preceito, contudo, não tem caráter absoluto e comporta temperamentos, podendo ocasionar, eventualmente, uma colisão de princípios. E, segundo a melhor doutrina a respeito do assunto, como visto no capítulo 3, a aplicação de um princípio na área de atuação de outro, em determinada situação concreta, não provoca a destruição de qualquer deles, mas, apenas, uma diminuição passageira de eficácia. Porque não se pode aplicar um princípio constitucional a qualquer custo — inadmissíveis sacrifícios unilaterais de um

princípio em relação a outro — reclama-se a harmonização, por meio de operações de concordância prática.⁶⁴

De outra margem, é preciso, pena de grave desvio de perspectiva, atentar para a distinção clássica feita pela doutrina italiana, na voz autorizada de Alessi, entre interesse primário e secundário do Estado.⁶⁵

Não raro, confundem-se os interesses mencionados, defendendo-se, ardorosamente, os interesses do Estado enquanto pessoa jurídica de direito público como se houvesse completa semelhança entre os interesses deste e os denominados interesses públicos.

Nada mais enganoso. Em determinadas situações, o Estado procura, por todos os meios, resguardar interesse próprio, sem qualquer laço com os interesses da coletividade. Neste caso, não há dúvida, deve prevalecer o interesse do cidadão.

A respeito do conceito de interesse público, anote-se a lição de Marçal Justen Filho, quando diz que, na verdade, não se trata nem ao menos de *interesse*, na acepção jurídica do termo, mas *mera conveniência, alheia ao Direito*⁶⁶. Observa que a tarefa de definir o interesse público não é simples e, adiante, acrescenta:

O Estado não possui “interesses” qualitativamente similares aos “interesses” dos particulares, pois não existe para buscar satisfações similares às que norteiam a vida dos particulares. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do Direito, apenas para os sujeitos privados. Não é admissível,

64 BACELLAR FILHO, R. F. op. cit. p. 148.

65 ALESSI, R. *Instituciones de derecho administrativo*. 3ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. p. 185.

66 JUSTEN FILHO, M. *Concessão de serviço público*, São Paulo, Dialética, 1997, p.35 et seq.

para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral. O Estado não pode ludibriar, espoliar ou prevalecer-se da fraqueza ou da ignorância alheia. Não se admite que tal ocorra nem mesmo dentro dos limites que seria lícito ao particular atuar.”

O que o princípio tenciona preservar é o legítimo interesse geral, pois é para este objetivo que existe o complexo normativo que constitui o regime jurídico administrativo, e não para oferecer instrumentos para que o Estado possa asfixiar o cidadão, destituindo-o de direitos fundamentais constantes da ordem constitucional.

6.2 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS E INTERESSES PÚBLICOS

Ao tratar da indisponibilidade dos bens e interesses públicos, cumpre recordar, sempre, pois não é possível escapar ao fascínio da lição de Cirne Lima.⁶⁷ Assim, não se cogita da presença do proprietário, mas, sim, de mero administrador. Em outros termos: o titular dos bens e interesses públicos é, em última análise, o povo.

A relação entre o titular e o administrador opera-se por meio da regra de direito. Desta forma, somente o comando legislativo pode dispor sobre bens e interesses públicos.

67 CIRNE LIMA, R. *Princípios...*, p. 21.

Saliente-se que a Administração, mesmo autorizada a delegar determinadas funções, delas não pode dispor, pois a indisponibilidade é, no dizer de Lúcia Figueiredo, consequência da supremacia de que foi dotado o interesse público.⁶⁸

Com efeito, não se concebe a atribuição de prerrogativas especiais (o poder), sem a imposição de limites (o dever). É o poder-dever, como Alessi define a indisponibilidade, e que Celso Antonio entende deva ser chamado de dever-poder.⁶⁹ Explica que a inversão imprime, com a necessária clareza, a noção de que a tônica reside na idéia de dever, não na de poder, pois os poderes são *instrumentais, servientes do dever*.

6.3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

É sempre interessante recordar a lição de Hely Lopes Meirelles, amparado em Kelsen, no sentido de que “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”.⁷⁰ Extrai-se da lição acima reproduzida que a função administrativa somente poder ser exercitada ao influxo do comando legislativo. O princípio da legalidade transcende, em importância, até mesmo o da supremacia do interesse público. Como refere Celso Antonio, a prevalência do interesse coletivo sobre o particular é da essência de qualquer Estado, condição de existência de qualquer sociedade

68 FIGUEIREDO, L. V. *Curso...*, p. 34.

69 BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 45.

70 MEIRELLES, H. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. , p.82.

juridicamente organizada⁷¹. A legalidade, por seu turno, é o que qualifica e dá identidade ao Estado de Direito.

Assim, no dizer de Seabra Fagundes, qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica. Essa integral submissão da Administração Pública constitui o denominado princípio da legalidade, aceito universalmente, e é uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa.

A função administrativa é, portanto, constituidora do objeto das atividades da Administração Pública, realizadora do Direito, essencialmente, não se compreendendo o seu exercício sem que haja norma jurídica autorizando-a além dos limites deste⁷².

Dito de outra forma, a lei deixou de ser um limite à atividade administrativa e passou a constituir a própria essência da vontade administrativa⁷³.

No mesmo sentido é a lição de Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, quando, depois de tecer considerações a respeito do princípio da legalidade, concluiu que o direito não é agora concebido como um limite externo à atividade da Administração, mas como única forma possível de manifestação dessa atividade⁷⁴.

71 BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 47.

72 SEABRA FAGUNDES, M. *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1979. p. 95.

73 RIBEIRO, V. *O Estado de Direito e princípio da legalidade da Administração*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. p. 58.

74 SOARES, R. G. E. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra, 1955. p. 66.

Meditando a respeito do tema, Carmen Lúcia Antunes Rocha entende que a expressão princípio da juridicidade amolda-se melhor quando se trata da Administração Pública, ao argumento de que, no direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade encontra-se rotulado como direito fundamental do indivíduo (art. 5º, inciso II, da CF/88)⁷⁵ enquanto que o princípio da legalidade administrativa está insculpido no art. 37, *caput*,⁷⁶ da norma constitucional. No primeiro caso se tem a legalidade, cujo titular é o indivíduo; no segundo, tem-se a juridicidade que se impõe ao administrador público, e o seu titular é o cidadão.⁷⁷

Por fim, como adverte Celso Antonio, o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer, senão o que a lei determina. Em sentido contrário, o particular pode realizar tudo o que a lei não veda, não lhe sendo permitido, tão somente, o exercício abusivo do direito, pois tal conduta não encontra respaldo no ordenamento jurídico.

Tal forma de exame impende concluir, como fez Kelsen,⁷⁸ que o princípio da legalidade, no Direito Público, não vale com o mesmo sentido e com a mesma intensidade que no domínio do Direito Privado.*

75 “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - ...II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

76 “Art. 37. A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:(..)”

77 ROCHA, C. L. A. *Princípios...*, p. 81.

78 Hans KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coimbra Armênio Amado.

* Na verdade, ao criticar a doutrina dualista, que faz distinção essencial entre direito público e privado, Kelsen afirma que a oposição, tornada absoluta pela ciência jurídica tradicional, é relativizada pela Teoria Pura do Direito, que a transforma de uma oposição extra-sistemática (distinção entre Direito e não-Direito), em oposição intra-sistemática. O dualismo, que considera logicamente insustentável, não tem caráter teórico, mas apenas ideológico.

6.4. PRINCÍPIO DA FINALIDADE

A atividade administrativa é — por essência — teleológica. Importa em dizer, como fez Cirne Lima que o fim — e não a vontade — domina todas as formas de administração. Supõe, assim, a atividade administrativa, a preexistência de uma regra jurídica reconhecendo-lhe uma finalidade própria.⁷⁹

De fato, a atividade administrativa não ocorre no campo de vontade, mas, sim, no sítio da finalidade. Assim, é irrelevante o que pensa ou pretende o administrador público, pois, conta, apenas e tão só, a finalidade a ser atingida, ou seja, em última razão, o atingimento da finalidade de interesse público. A meta não é apenas a finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também a finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução.

Ocorre desvio de poder ou desvio de finalidade — e a conseqüente nulidade do ato — quando a atuação administrativa tomar rumo diverso da finalidade pública. É possível, entretanto, que o resultado não seja totalmente estranho ao interesse público, mas o desvio se revela, assim mesmo, porque o fim não é, exatamente, aquele assinalado pela lei para aquele ato.⁸⁰

Nas palavras de Celso Antonio, tomar uma lei como suporte para prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Desatender o fim legal é desatender a própria lei. O autor cita, como referência constitucional específica ao princípio da finalidade, o art. 5º, inciso

79 CIRNE LIMA, R. *Princípios...*, p. 22.

80 Veja-se, a respeito, o que determina a Lei 4717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, no artigo 2º, letra e: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior nos casos de: ...e) desvio de finalidade.”

LXIX⁸¹, que trata do mandado de segurança, cabível contra ilegalidade ou abuso de poder. O abuso de poder, explica, é o uso do poder além dos limites. E um dos limites do poder é justamente a finalidade para a qual deve ser utilizado.⁸²

6.5 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Este princípio é da mais alta significação para o exercício da função administrativa. Lamentavelmente, a Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988 não o contemplou no art. 37, quando versou sobre os princípios inerentes à Administração Pública. De qualquer forma, como acentua Celso Antonio, o princípio da razoabilidade firma-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (artigos 5º, inciso II e 37 da CF/88) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, inciso LXIX).⁸³ Entretanto, mesmo que assim não fosse, seria possível a sua aplicação no exercício da função administrativa. É que o princípio quando não positivado, mas existente no interior do ordenamento jurídico, pode e deve ser desvelado e imediatamente aplicado na situação como posta, ou seja, independentemente de sua positivação. Assim, o princípio da razoabilidade derrama-se por toda a atividade administrativa, servindo como filtro para o efeito de conformação do ato administrativo com o ordenamento jurídico.

81 “Art. 5º... LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

82 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso...*, p. 52-53.

83 *ibid.* p. 55.

O princípio da razoabilidade promove, na verdade, a aplicação ao direito da denominada lógica do razoável, desenvolvida por Recaséns Siches⁸⁴, quando ensina que a lógica formal não é instrumento apto para solver problemas políticos e jurídicos, propondo, então, a lógica do razoável. Transportando a lição para o direito, tem-se que o exercício da função administrativa somente se legitima quando confinada aos limites do razoável. Não é lícito, portanto, ao administrador, manifestar a vontade estatal de acordo com seus valores pessoais, por mais desarrazoados que sejam, pois, querer assim exteriorizado é de valor nenhum perante o direito.

Ou como excelentemente sintetizou Lúcia Figueiredo, o princípio da razoabilidade traduz-se na relação de consequência lógica entre o fato(motivo) e a atuação concreta da Administração.⁸⁵

6.6 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade administrativa não possui, ainda, o beneplácito do consenso doutrinário. Com efeito: entendem alguns que o conceito, diante da sua imprecisão, deve ser subsumido ao princípio da legalidade.

Com o devido respeito, não pode ser desta forma. O comportamento moral (notadamente na atualidade) é um imperativo para a Administração Pública, constituindo-se, inclusive, em requisito de validade do ato administrativo.

Como informa Manoel de Oliveira Franco Sobrinho⁸⁶, Maurice Hauriou foi quem espicou por primeiro o assunto, por meio de várias notas de crítica

84 SICHES, R. *Introducción al estudio del Derecho*. 5ª ed. México: Ed. Porrúa S/A, 1979. p.252.

85 FIGUEIREDO, L. V. *Curso...*, p. 42.

jurisprudencial no caso Gommel (Paris, 1917). Posteriormente, na 10ª edição do seu *Précis* ofereceu, inclusive, o conceito de moralidade administrativa como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Esclarece Weida Zancaner⁸⁷ que a moralidade administrativa, para Welter e seu mestre Hauriou, significa obediência às regras de boa administração, entendida esta locução não em sentido comum, mas enquanto interpretação finalística do sistema jurídico, tendo em vista a missão à qual a administração pública está destinada, e associada às idéias de função e interesse público.

A moralidade administrativa é qualificada por Marçal Justen Filho como um princípio jurídico em “branco”, para dizer que seu conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no Direito legislado.⁸⁸ O princípio da moralidade pública contempla a determinação jurídica da observância de preceitos éticos produzidos pela sociedade, variáveis segundo as circunstâncias de tempo e lugar, entre outras.⁸⁹ O direito deve afeiçoar-se à necessidade, moldar-se ao metro da época, através das mesmas letras da lei. O princípio da moralidade, assim, conforma-se dos padrões comportamentais — naturalmente sujeitos a variações — pois dentro da lei estática, o direito é dinâmico.⁹⁰

86 FRANCO SOBRINHO, M. O *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo, Saraiva, 1974.

87 ZANCANER, W. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros, 1997, p.628

88 JUSTEN FILHO, M. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. *Revista de Direito Tributário*, v. 67:70, São Paulo: Malheiros Editores.

89 A este respeito, Lúcia Valle Figueiredo, op. cit., p. 45, reporta-se ao conceito de moral, segundo o *Vocabulaire Technique et Critique*, de André Lalande: “conjunto de regras de conduta admitidas em dada época ou por um grupo de homens”.

90 SILVA PEREIRA, C. M. Boa fé. *Enciclopédia Jurídica Saraiva*, v.11:486.

De fato, as regras pertinentes à moralidade administrativa não detêm forma determinada e concreta. Repousam na consciência dos indivíduos, fruto de padrões culturais, e repercutem na consciência da coletividade. Prendem-se à finalidade pública da atividade executada e não se confundem com a moral comum.⁹¹

Não é suficiente, portanto, que a conduta da Administração Pública conformese à lei. É preciso mais. É necessário que as regras de boa administração sejam rigorosamente observadas, pena de invalidade do ato administrativo. A desobediência a princípios éticos pela Administração Pública equivale à ilicitude e sujeita a conduta à invalidação, pois, sem dúvida, o princípio da moralidade assumiu foros de pauta jurídica, nos termos dos artigos 5º, inciso LXXIII, 37 e 85,⁹² com o advento da Constituição do Brasil de 1988.⁹³

A moralidade administrativa erigiu-se em fator de legalidade, elemento indissociável à aplicação do Direito. Hely Lopes Meirelles aponta a consagração da moralidade como requisito à validade do ato administrativo em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, com inegável acerto, decidiu: “O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou

91 DELGADO, J. A . O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista*. Ano V, março de 1994, v. 57: 38-56.

92 “Art. 5º (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, artístico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

“Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, que atentem contra a Constituição federal e, especialmente, contra:(...)”

93 BANDEIRA DE MELLO, C. A ., *Curso...*, p. 59.

legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo”.⁹⁴

Por fim, conclua-se, com Raffaele Resta, para quem boa administração exprime um conceito final: é a atividade administrativa perfeitamente adequada, no tempo e nos meios, ao fim específico a alcançar.⁹⁵

6.7 PRINCÍPIO DA BOA FÉ

É preciso reconhecer, de logo, que as relações jurídicas, nos dias que correm, são exercitadas fora dos limites da boa fé. O conteúdo ético que permeia o ordenamento jurídico encontra-se em adiantado estado de abandono.

Talvez fosse conveniente lembrar a advertência cravada no art. 7.1. do título preliminar do Código Civil Espanhol, quando diz: *los derechos deberán ejercitar-se conforme las exigências de la buena fé*. Comentando o citado dispositivo, José Luiz de los Mozos enfatiza que a Administração Pública não pode exercer seu poder defraudando a confiança devida a quem com ela se relaciona, tampouco o administrado pode atuar contra aquelas exigências éticas.⁹⁶

De igual forma, Sainz Moreno esclarece que a boa-fé da administração frente ao cidadão consiste na confiança de que este não só não vai ser desleal com o

94 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Desembargador Cardoso Rolim. Revista de Direito Administrativo 89/134. *apud* MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 88.

95 *apud* MOREIRA NETO, D. F. *in* *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 190:1-44, out./dez 1992, p.15.

96 *apud* LOUREIRO WINTER, V. R.. *in* *A boa fé no direito privado e no direito público: breve estudo comparativo e suas aplicações práticas*. ST 104, fev./1998, Assunto Especial, p. 145.

comportamento honesto do administrador público, senão que tampouco vai utilizar a Administração Pública para obter em seu benefício soluções contrárias à boa-fé de outro cidadão.⁹⁷

Em última razão, o conteúdo da norma do Código Civil Espanhol pretende que não seja esquecido o valor ético da confiança, sob pena de estabelecer-se uma sociedade apoiada em valores negativos, onde prolifera a desconfiança, a velhacaria, a supremacia do mais esperto, em verdadeiro estado de guerra.

Romeu Felipe Bacellar Filho destaca que, em se tratando de Administração Pública, é inconcebível o desacolhimento a um pleito devidamente amparado em regra legal, não só pela frustração do vínculo de confiança no império da lei estabelecida, mas, sobretudo, porque ao Estado, através da administração pública, soberano e vassalo do ordenamento jurídico, não se permite inobservar o conjunto de regras por ele mesmo estabelecido.⁹⁸

O autor ressalta a importância que o princípio da confiança ou da boa fé assume no enfrentamento de questões administrativas, notadamente a da decretação de nulidade dos atos administrativos. De fato, na esteira do que preconiza Juarez Freitas, pode ocorrer que o ato administrativo, írrito em sua origem, deva ser convalidado para atender ao interesse público, preservar as relações jurídico-administrativas e a efetividade dos princípios em seu conjunto, por força do respeito à boa fé.⁹⁹

97 *Apud* LOUREIRO WINTER, V. L. *op.cit.*, p.145.

98 BACELLAR FILHO, R. F., *op. cit.* p.182.

99 FREITAS, J. *Estudos de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p.20-21.

De modo magistral Gonzales Peres sintetizou¹⁰⁰: “Humanizar essas relações, fazer com que voltem a ser relações entre homens, é tarefa de todos. Atuando com a lealdade, honestidade e confiança que os outros esperam de nós mesmos. Isto é, em suma, o que o princípio da boa fé exige.”*

Se, por um lado, o direito moderno repele a inquirição da causa que motiva os atos humanos, não menos verdadeiro é que repugna o formalismo da praxis. Diante desta constatação, conclui Ferrini que a boa fé é a integração ética da justa causa.¹⁰¹

6.8 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade tem sido observado — basicamente — por duas vertentes: em relação ao administrado ou no que pertine à Administração Pública. De qualquer forma, impede e proíbe o subjetivismo, como explica Carmen Lúcia Antunes Rocha, pois a objetividade não permite que se mostre ou prevaleça a face ou a alma do administrador, nem a do cidadão que compareça à Administração ou que com ela se relacione¹⁰².

De um lado, entende-se que a Administração Pública tem o dever de tratar a todos de modo igual, sem privilégio de qualquer natureza. E, num segundo ponto de vista, averba-se que o princípio da impessoalidade estaria vinculado à manifestação de

100 GONZALES PEREZ, J. *El Principio de la buena fe en Derecho Administrativo*. Madrid: Ed, Civitas, S.A, 1.983.

* Humanizar esas relaciones, hacer que esas relaciones vuelvan a ser relaciones entre hombres, es tarea de todos. Actuando con la lealtad, honestidad y confianza que los demás esperan de nosotros. Que es, en definitiva, lo que el principio de la buena fe exige.

101 *apud* SILVA PEREIRA, C. M. in Boa fé, *Enciclopédia saraiva do Direito*, v.11, p. 487.

102 ROCHA, C. L. A. *Princípios...*, p. 148.

vontade do próprio Estado, no sentido de que, pelo fenômeno da imputação, os atos praticados pelos agentes públicos são, de imediato, tributados ao Poder Público, inclusive no que respeita à responsabilidade pelos atos lesivos ao direito do cidadão.

Com inteira razão, assim, Celso Bastos, quando adverte que este princípio confunde-se, de modo indissociável, com o princípio da igualdade, da finalidade e mesmo da legalidade, gerando dificuldade considerável para a sua exata alocação na moldura dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo.¹⁰³

Na opinião de Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade, referido no artigo 37 da Constituição, nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, que impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. Da premissa inafastável de que o fim legal é, sempre, o interesse público, exsurge a importância, de que já se tratou, do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular.

Romeu Felipe Bacellar Filho demonstra, com propriedade, a atuação conjugada dos princípios constitucionais, ao afirmar que, gerindo a coisa pública, o administrador público encarrega-se de bens e interesses que pertencem à comunidade, como um todo, e, por isso, são indisponíveis. Encerra lembrando que a ninguém é lícito ser desprendido com o que não lhe pertence.¹⁰⁴

103 BASTOS, CELSO. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 34.

104 BACELLAR FILHO, R. F. *Princípios...*, p. 176-177.

6.9 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade materializa a necessidade de tornar transparente o exercício da função administrativa. A divulgação da atividade administrativa é, de um lado, condição de eficácia do ato administrativo, pois o acesso do administrado à informação de sua existência e conteúdo constitui pré-requisito à obrigatoriedade do ato administrativo. Além disso, torna possível o exame de sua legalidade, conformação aos fins, bem como aos princípios da moralidade e impessoalidade.¹⁰⁵

Luiz Alberto Blanchet ressalta o princípio da publicidade quando observa que os princípios, em geral, devem adequar-se aos condicionamentos inerentes ao conjunto harmônico por eles integrado. Dentre esses condicionamentos, prossegue o autor:¹⁰⁶

Podem ser citados aspectos como a necessária harmonia a ser entre eles preservada, o diferente grau de relevância de cada princípio, resultante de seu papel em função do objetivo fundamental, comum a todos os elementos do sistema; esse diferente grau de relevância nos leva a perceber que alguns princípios têm a atuação de fins e outros, de meios. A publicidade não pode ser considerada como um dos fins a serem assegurados, mas é mero meio para a preservação de valores a ela superiores e juridicamente inelimináveis: contraditório, ampla defesa, moralidade, etc.

A prática da democracia pressupõe, necessariamente, que a atividade administrativa do Estado seja realizada em clima arejado, fugindo da intimidade dos gabinetes (onde predomina, em regra, o interesse de grupos em detrimento do interesse público) e espalhando-se pelas páginas dos jornais oficiais ou de ampla circulação e desta maneira exponha-se, efetivamente, ao controle do cidadão, por meio de recursos administrativos ou pelo manejo de instrumentos de natureza judicial.

105 BACELLAR FILHO, R. F. *Princípios...*, p. 183.

106 BLANCHET, L. A. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

Saliente-se, por fim, que a publicidade favorece a responsabilização do servidor público, que já não pode mais esconder-se atrás do anonimato de ofício.¹⁰⁷

6.10 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A configuração do denominado Estado de Direito pressupõe, sem dúvida, que todos, indistintamente, estejam enlaçados pelo ordenamento jurídico. Desta forma, não seria possível se admitir que o Estado (*latu sensu*) pudesse escapar aos efeitos da regra de direito.

O período da irresponsabilidade do Estado restou sepultado nas brumas do passado. Ao que se sabe, Estados Unidos e Inglaterra foram, pela ordem, os últimos povos a assumir a possibilidade de responsabilidade estatal por atos lesivos aos cidadãos em 1946 e 1947.

Pois bem: depois de um largo período evolutivo que transitou pela doutrina da responsabilidade de caráter civil, depois pela fase da *faute du service*, finalmente, aporta-se na denominada responsabilidade objetiva do Estado, consagrada, entre nós, na atualidade, pela regra constante do art. 37, § 6º da CF/88¹⁰⁸. Assim, diante de um procedimento estatal, lícito ou ilícito, causador de lesão na esfera jurídica do cidadão, irrompe, com todas as suas conseqüências, a responsabilidade do Estado.

107 SEPE, O . Partecipazione e Garantismo nel Procedimento Amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, n. 2, 1992. apud* : Romeu Felipe BACELLAR FILHO, R. F., op. cit., p. 185.

108 “Art. 37. (...) §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Em termos mais simples, a mera relação causal entre o comportamento estatal e o dano é suficiente para configurar o dever do Estado de recompor, por meio de indenização, os efeitos do ato lesivo.

A doutrina moderna tem feito distinção entre atos comissivos e omissivos do Estado para o efeito de indicar se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva. Com efeito, procede esta forma de exame, pois, se o ato estatal é comissivo, entre nós, incide, de logo, a regra constante do art. 37, § 6º da CF/88, com o todo o seu vigor. Contudo, se o dano surge de omissão do Estado, parece que o texto constitucional antes aludido não oferece possibilidade de solver a questão em toda a sua plenitude.

Cabe, então, a busca de outra solução, justamente, na doutrina clássica francesa da *faute de service*, como magistralmente exposta por Paul Duez na sua *Responsabilité de la puissance public*, publicada em 1927.

Cabe, portanto, verificar se o serviço não funcionou, se funcionou mal ou funcionou tardiamente. Neste caso, então, se ocorre falta do serviço, a aferição da responsabilidade estatal é de natureza subjetiva.

Outro ponto que tem angustiado a doutrina é no que toca a responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais. Há uma premissa fundamental que deve ser exposta, de início: no Estado de Direito, ninguém pode escapar aos limites do ordenamento jurídico. Logo, os atos legislativos e judiciais estão enfeixados neste esquema e, portanto, atos lesivos produzidos no exercício da função legislativa ou judicial geram, sem dúvida, responsabilidade para o Estado. Medite-se, no que se refere à função legislativa, a eventuais prejuízos causados por lei considerada inconstitucional.

Na parte relativa ao exercício da função jurisdicional não resta dúvida de que é possível imputar ao Estado responsabilidade por ato de juiz, sempre que a atuação do magistrado, no exercício de sua função, cause prejuízos ao cidadão (por exemplo: denegação de liminar que deveria ser concedida ou prisão ilegal mantida, não obstante pedido de *habeas corpus*).

De qualquer sorte é razoável concluir que a ação deve, necessariamente, ser ajuizada contra o Estado que, depois, *deverá* exercitar sua pretensão de ressarcimento (Lei n. 4.619, de 28 de abril de 1965) diante do agente público que ocasionou, com seu ato, lesão ao direito do cidadão.¹⁰⁹

Constituem casos excludentes de responsabilização objetiva do Estado a culpa do lesado, culpa de terceiros e força maior.

6.11 PRINCÍPIO DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

O princípio da juridicidade seria vazio de conteúdo sem a existência de mecanismos de controle da atividade administrativa.

A observância do ordenamento jurídico somente pode ser conferida diante da possibilidade de confronto entre o ato administrativo e a lei; tudo no exercício efetivo da atividade controladora. Significa dizer: o ato administrativo não possui definitividade perante o direito, podendo, sempre, ser guerreado, seja perante a própria administração ou, em última análise, diante do Poder Judiciário.

109 v. com maior profundidade: Maria Emília Mendes ALCÂNTARA, *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judispcionais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1.988 e Augusto do Amaral DERGINT, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

O poder judiciário pode anular atos administrativos, impor condutas e condenações pecuniárias à administração pública, em universalidade de jurisdição.¹¹⁰ Aplicação, assim, em cheio, da regra presente no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.¹¹¹

No momento, não nos interessa o exame da modalidade de controle existente, notadamente, nos países da Europa continental, onde viceja (com certo enfraquecimento na atualidade) o sistema do contencioso administrativo.

O nosso sistema constitucional nasceu de outra fonte. Pela genialidade de Ruy Barbosa, foi introduzido, para a nossa felicidade, como diz Celso Antonio, o sistema de controle judicial dos atos administrativos.

6.12 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Trata-se de princípio de alta envergadura que decorre, na verdade, do devido processo legal, originário, por sua vez, do *due process of law* do Direito anglo-norte americano.

Ao tempo da vigência da Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1 de 1969 que, diga-se de passagem, introduziu no Brasil uma nova ordem constitucional, havia regra expressa, apenas, no que atine ao processo penal (art. 153, § 16).

Nenhuma regra constitucional mencionava a aplicação do princípio do contraditório no processo civil e muito menos no processo administrativo. Todavia, a

110 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso...*, p.60.

111 “Art. 5º (...) XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

melhor doutrina entendia, mesmo diante da ausência de previsão constitucional expressa, que o aludido princípio permeava todos os ramos do direito processual, posto que o contraditório vive, sem dúvida, na intimidade do processo, integrando sua natureza, independentemente de norma positiva a respeito.

Atento a essa realidade, o constituinte de 1988 resolveu dissolver a controvérsia a respeito e cravou, de modo definitivo, no art. 5º, inciso LV da CF/88, o princípio do contraditório no processo quando determina que aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Consagrou, portanto, a ordem constitucional de 1988, a necessidade do contraditório e da ampla defesa no processo, independentemente da sua natureza.

Não, resta, pois, agora, a menor dúvida a respeito da necessidade imperativa de obediência severa ao aludido princípio, como forma, inclusive, de prestigiamto ao Estado Democrático de Direito advindo da ordem constitucional vigente a partir de 5 de outubro de 1988.

Na doutrina, é obrigatório citar, pela clareza e precisão, o conceito fornecido por Mendes de Almeida, citado por Dinamarco, quando afirma que o contraditório é a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.¹¹²

A respeito do contraditório, Carmen Lúcia Antunes Rocha consolidou que somente na dialética é que se afirma o Direito, de tal modo que a assertiva e sua contradita combinam os elementos onde o julgador extrai, sem vínculo prévio com

112 DINAMARCO, C. R. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986, p.93.

qualquer das partes, sua decisão jurídica. O contraditório, diz em outro trecho, garante não apenas a oitiva da parte, mas tudo quanto ela apresente no processo, suas considerações, seus argumentos, provas sobre a questão que sejam efetivamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença.¹¹³

Assim, em face do preceito constitucional, no processo judicial e administrativo, serão assegurados, sempre, a ampla defesa e o contraditório, que, no dizer preciso de Odete Medauar, expressa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem.¹¹⁴ Em igual medida, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando assere que o princípio do contraditório impõe a condução dialética do processo e implica, portanto, o que os processualistas denominam *par conditio* (igualdade entre as partes).¹¹⁵

113 ROCHA, C. L. A. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v 209, 1991. p.189.

114 MEDAUAR, O. As Garantias do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Administrativo Tributário, *Repertório IOB de Jusriprudência*. v. 12, 2ª quinzena de junho de 1994, p. 238.

115 FERREIRA FILHO, M. G. Comentários à Constituição Brasileira de 1.988, v.1, São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 68.

7 O ESTADO EMPREGADOR

A necessidade de perolustrar a figura do Estado Empregador impõe, como requisito prévio, o exame de dois aspectos fundamentais: o primeiro roça com a abrangência do termo. Qual a amplitude da noção Estado Empregador para o efeito da aplicação do princípio da motivação nos atos de despedida de empregados públicos? Em outra forma de dizer: limita-se ao Estado no exercício da função administrativa que ocorre na chamada administração direta ou alcança, também, a chamada administração indireta?

O segundo ponto toca com a natureza jurídica da relação que ata o empregado ao Estado quando ocorre contratação sob o pálio da Consolidação das Leis do Trabalho.

O primeiro filete exige uma investigação a respeito da distinção existente entre serviço público e intervenção no domínio econômico.

7.1 SERVIÇO PÚBLICO

A noção de serviço público é fundamental para o entendimento do exercício da função administrativa. É que o Estado, nos dias que correm, transformou-se, fundamentalmente, num gigantesco prestador de serviços.

Contudo, é imperioso recordar que a noção de serviço público transita, ainda, por um estado de crise e, por este motivo, a doutrina não conseguiu, até agora, a tranqüilidade do consenso a respeito deste instituto jurídico.

Observa Carlos Roberto Martins Rodrigues, citando Gordillo, que a crise, em realidade, centra-se na noção tradicional de serviço público, pontuando que a dificuldade reside nos três elementos clássicos que distinguem a atividade estatal em pauta: o fim que o serviço pretende, a pessoa que o presta e o regime jurídico que lhe regula os contornos.¹¹⁶ Procede, sem dúvida, a conclusão.

De fato, a noção tradicional de serviço público não suporta, por insuficiente, a forma pela qual essa atividade estatal é prestada nos dias atuais, em face das profundas transformações a que o Estado submeteu-se no decorrer do tempo.

É de ser transcrito o pensamento de Carlos Roberto Martins Rodrigues, para guardar fidelidade ao texto:¹¹⁷

“A crise que envolve a noção de serviço público é, portanto, crise de crescimento, com a substituição de conceitos, já que não suportam o moderno entendimento e a atual prática da importante atividade prestacional do Estado. A chamada crise do Serviço Público, em última análise, é projeção da evolução das instituições políticas e jurídicas, que vivem processos de acomodação às urgências coletivas novas, comandantes de procedimentos de renovação e atualização, que empolgam, de resto, o Estado e o Direito. Evoluindo e se renovando a Sociedade, fonte do Direito e do Poder, evoluem, também, como projeção dela, as instituições políticas e os institutos jurídicos, sob pena de se colocar o Direito, como advertiu Orlando Gomes, em mora com os fatos sociais”.

De qualquer modo, a noção de serviço público foi utilizada durante largo tempo — notadamente na França — como eixo metodológico de todo o direito administrativo.

116 RODRIGUES, C. R. M. A crise e a evolução do conceito de serviço público. *Revista de direito público*. v. 57/58. jan./jun.1981. p.130.

117 idem.

Anota Celso Antonio, reportando-se a Jean Rivero, que a Escola do Serviço Público acreditava poder explicar todas as particularidades do direito administrativo pelas necessidades do serviço público. Citando Vedel, conclui que a tese fundamental é de que todo o direito administrativo se explica pela noção de serviço público.¹¹⁸

De fato, os argumentos tirados pela escola acima aludida impressionam pela solidez das razões em que se firmam.

Contudo, é preciso admitir que a presença de Duguit, como corifeu dessa tendência doutrinária, seguido por Jèze, Bonnard, Rolland e outros, emprestou o necessário prestígio doutrinário, o que, sem dúvida, provocou uma disseminação da idéia de que o serviço público era ponto central em torno do qual girava todo o direito administrativo.

Ainda assim, a doutrina permaneceu em acirrada discussão a respeito do substrato da noção de serviço público.

É, ainda, Celso Antonio quem inventaria a situação da seguinte forma: o pensamento de Duguit é conhecido a respeito da noção de que o serviço público prescinde do sistema normativo, pois, dizia, reside em si mesmo e, por este motivo, impunha-se ao legislador que, cedo ou tarde, seria compelido a admitir que determinada atividade seria serviço público.

O conceito, por embutir nítido conteúdo sociológico, não serviria, deste modo, como critério jurídico.¹¹⁹

118 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso...*, p. 307.

119 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso...*, p. 17.

O contraponto ao pensamento de Duguit nasceu com Jèze, quando afirmou que a noção de serviço público reside naquilo que denominou *intenção dos governantes*. Evidenciou, em última análise, a busca de um critério jurídico, dedutível a partir do regime atribuído pela lei, o que leva Celso Antonio a afirmar sua preferência pela posição de Jèze.

A respeito do assunto, é impossível esquecer a posição de Eros Roberto Grau, ao sustentar que o serviço público é um tipo de atividade econômica, desenvolvida — preferencialmente — pelo setor público.¹²⁰ Não observa, portanto, qualquer antinomia entre atividade econômica e serviço público. É dizer: atividade econômica é gênero que abrange duas espécies distintas e inconfundíveis: serviço público e atividade econômica em sentido estrito. Em outro trecho, afirma:

De outra parte, a tentativa de defini-lo como “atividade sujeita a regime de serviço público” é também de todo improficua. E isso, por um lado, em razão de inexistir “uma totalidade normativa” que se possa referir como regime de serviço público, tal como penso ter demonstrado em oportunidades anteriores. Por outro lado em virtude de, ao afirmar-se que atividade de serviço público é aquela desempenhada em regime de serviço público, perpetra-se indesculpável tautologia, além do mais privilegiando-se a forma, em detrimento do conteúdo(...) Uma atividade determinada fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público e não , como muitos enganosamente propõem, passa a ser tida como serviço público porque a ela aplicado regime de serviço público.

Posta a divergência doutrinária que, longe de esgotar-se, continua acesa, adota-se, para efeito meramente referencial, pela sua utilidade e, além disso, por representar a maioria da doutrina, o conceito de serviço público oferecido por Celso Antonio, lavrado da seguinte forma: “É toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou

120 GRAU, E. R. *Direito, conceito e normas jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 110/111

por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.¹²¹

7.2 INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A expressão intervenção do Estado no domínio econômico é utilizada, em sentido amplo, para designar todas as formas de atuação do Estado na economia.

Cumprido, de logo, distinguir duas modalidades da atuação estatal, por força do que previnem os dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica e financeira.

Vale dizer: dos artigos 173 a 174 retira-se a figura do Estado administrador de atividades econômicas.¹²² No art. 174, o Estado surge como agente normativo e regulador da atividade econômica, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

121 BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 306.

122 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Celso Antonio detém-se, com especial atenção, na análise da atividade reguladora, ou seja, aquela exercida pelos chamados atos de “polícia administrativa” e da atividade do Estado como protagonista da exploração econômica.¹²³

A liberdade de iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica. As medidas para restabelecer a livre concorrência, devolvendo o mercado à normalidade, representam típica intervenção do Estado no domínio econômico, por intermédio da regulamentação. De outro lado, a repressão ao abuso do poder econômico, a disciplina de preços, consumo, poupança e investimentos, são, entre outros, objetivos da regulamentação econômica.

Comparece, neste passo, de forma marcante, a atribuição de competência concorrente à União, Estados, Municípios e Distrito Federal para legislar sobre direito econômico, capaz de abranger todas as áreas de intervenção. O poder de regulamentação viabiliza a fiscalização, com a possibilidade de apurar responsabilidades e aplicar as penalidades cabíveis, sem o que não se poderia falar em verdadeiro poder de fiscalização.

O Estado, promotor da economia, apresenta-se, no exercício da função normativa e reguladora da atividade econômica, como criador de incentivos. A previsão constitucional de apoio, estímulo e favorecimento a certas atividades, como cooperativismo ou apoio a microempresas (CF, art. 174, §§ 3º e 4º e art. 179)¹²⁴

123 BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p.317.

124 “Art. 174. (...) §3º. O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. §4º. As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico

demonstra o intuito de proteger, auxiliar, promover atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral, sem o emprego de meios coativos.

Para melhor compreensão do tema, observe-se que o Estado atua na forma de serviço público e, também, exercitando atividade econômica.

Dito de outra forma: o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público. A intervenção ocorre — justamente, e nem poderia ser diferente — quando a ação ocorre na área reservada ao setor privado.

A doutrina reconhece e admite, fundamentalmente, três formas ou modalidades de intervenção: por absorção ou participação, por direção e por indução.

De toda a sorte, o ingresso do Estado na economia justifica-se, ressalvadas as exceções constitucionais, por imperativos de segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo.

Ainda que de forma aligeirada, examinam-se os princípios da subsidiariedade e da vinculação no que atine à intervenção do Estado no domínio econômico.

7.2.1 SUBSIDIARIEDADE

A exploração direta de atividade econômica, denominada necessária por José Afonso da Silva, não configura participação suplementar ou subsidiária da iniciativa privada.¹²⁵ Ocorrendo imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, será legítima a intervenção estatal direta na atividade econômica, independentemente de se cogitar de preferência ou de suficiência da iniciativa privada. Equivale a dizer indiferente, em tese, que se trate de atividade a ser preferencialmente executada pela iniciativa privada ou, ainda, que ela tenha dado indícios de insuficiência de meios para melhor executar o serviço.

A atividade estatal poderá ser supletiva da empresa particular, com caráter incentivador e complementar, regida pelo princípio da subsidiariedade. O Estado, portanto, não pode invadir o campo de interesses das empresas privadas, salvo para lhes suprir deficiências, sob pena de afrontar diretrizes constitucionais regentes da matéria em exame.

É de salientar que o tema mereceu tratamento pela Constituição de 1934, pois foi esta norma constitucional a primeira a embutir em seu texto um capítulo específico sobre a Ordem Econômica e Social. Assegurada a liberdade econômica, a exigência do interesse público permitiria o monopólio, em favor da União, de atividade econômica e o controle da exploração de recursos naturais.

Diante da incipiente oferta, de parte da iniciativa privada, dos primeiros avanços no campo tecnológico, o Estado brasileiro atuava na vida econômica nas áreas de siderurgia, energia elétrica e motores, por exemplo.

125 SILVA, J. A. . *Curso de direito constitucional positivo*, 15 ed.. São Paulo: Malheiros Editores. 1998. p.770.

Na Constituição de 1.967, com a Emenda n.º 1, de 1969, a intervenção estatal era admitida pelo condicionamento da propriedade privada à sua função social, pela intervenção corretiva no domínio econômico e pela exploração direta de atividade econômica própria da iniciativa privada.

O art. 170, §§ 1º e 3º da Carta consagrava o princípio da subsidiariedade, a asseverar que a atuação estatal seria, sempre, incentivadora e complementar. Apenas quando as empresas privadas não fossem capazes de satisfazer as necessidades do mercado, o Estado atuaria para suprir essas deficiências. Não se admitiria, portanto, a substituição e/ou competição com a iniciativa privada. Para se atingir este objetivo, a norma constitucional fixou a sujeição das empresas estatais às mesmas normas regentes das empresas privadas no que atine ao regime tributário, trabalhista e das obrigações. Esta regra isonômica garantia que a intervenção estatal somente seria possível em caráter suplementar da atividade desenvolvida pela iniciativa privada.

A Carta Política de 1988 manteve a mesma orientação da norma constitucional anterior, assegurando à iniciativa privada a preferência para a exploração da atividade econômica.

O Estado, portanto, detém a possibilidade de interferência no domínio econômico somente em caráter subsidiário.

Tanto isto é certo que a expressão intervenção foi trocada por atuação, o que significa, sem dúvida, que o constituinte quis e conseguiu reafirmar o caráter suplementar do ingresso do Estado na esfera da atividade econômica.

A função do Estado, portanto, constitui-se, essencialmente, em fiscalizar, incentivar e planejar. O que resta é domínio do setor privado. A atividade do Estado no setor econômico é suplementar, jamais intervencionista.

Medita-se, a respeito, na lição de Hely Lopes Meirelles quando acentua que atuar é interferir na iniciativa privada e só se justifica como exceção à liberdade individual, nos casos expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer. O modo, prossegue o aludido autor, pode variar segundo o objeto, o motivo e o interesse público a amparar, e pode transitar desde a repressão ao abuso do poder econômico até as medidas mais atenuadas de controle do abastecimento e de tabelamento de preços, sem excluir outras formas que o Poder Público entender adequadas, em cada caso particular. O essencial, portanto, é que as medidas de intervenção estejam, antecipadamente, estabelecidas em lei e que sejam executadas pela União ou por seu delegados legalmente autorizados.¹²⁶

Em suma: o sentido positivo do princípio da subsidiariedade revela-se na ação complementar do Estado à iniciativa privada. O sentido negativo expressa-se na ação suplementar, que ocorre na ausência ou insuficiência da iniciativa privada.

7.2.2 VINCULAÇÃO

Outro princípio regente da atividade econômica do Estado é o da vinculação. A invasão do domínio econômico pelo Estado, a par de condicionada à real necessidade e interesse público, conjugada com a deficiência da iniciativa privada no fornecimento de produto ou serviço, está detida por limites impostos pela Constituição e pela lei.

126 MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo...*, p.523.

Todavia, para os objetivos do presente trabalho importa a distinção para o efeito de estabelecer, de modo adequado, a figura do Estado Empregador e, de outra margem, vincar que a locução antes mencionada alberga, em seu interior, a administração direta (ou centralizada) e indireta (ou descentralizada), alertando que em relação a empresas públicas e sociedades de economia mista mostra-se irrelevante o fato de atuarem na prestação de serviços ou serem produto de interferência do Estado na atividade econômica, conforme previne o art. 173 da Constituição de 1988.

O segundo ponto, referido no início do capítulo, liga-se à discussão existente no âmbito da doutrina e nos julgados dos Tribunais a respeito da posição do Estado quando assume a condição de empregador nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho.

Há — fundamentalmente — duas posições definidas a respeito do tema: alguns entendem que o Estado assume a condição de empregador comum quando opta pela utilização do aparato legislativo condido na CLT. Outros observam o fenômeno de uma perspectiva diferente: a relação do empregado público com o Estado tem natureza híbrida. Desta forma, não ocorre, apenas, a incidência de normas constantes da legislação trabalhista, mas, também, o influxo, com força derogatória, de normas de direito público que colorem a relação jurídica com timbres diferenciados, pontuando o mencionando vínculo com as peculiaridades do interesse público.

O assunto, como antes posto, é conduzido para o fogo da discussão, pois, representa, na realidade, a premissa fundamental para o exame do tema desta dissertação, qual seja, a exigência de motivação do ato de dispensa de empregado público.

Vigora no sítio do direito administrativo, sem dúvida, a denominada relação de administração, tão vigorosamente exposta pelo Professor Cirne Lima.¹²⁷

Importa em dizer: a relação de administração é noção antitética à de proprietário. O administrador público gere coisa e negócios de terceiro, enquanto o proprietário dispõe sobre coisa e negócios que lhe pertencem. Os limites de atuação, portanto, são completamente diversos. O proprietário pode fruir da coisa como bem desejar, estando condicionado, apenas e tão somente, ao que previne o ordenamento jurídico.

Em outras palavras: o exercício do direito é pleno, sendo vedada, apenas, a prática de atos abusivos, pois estes são repudiados pela ordem normativa. O administrador público, contudo, somente pode agir ao influxo da norma de direito e em busca de uma finalidade previamente estabelecida. Observa-se, assim, e com facilidade, que o Estado, no exercício da atividade administrativa e, por consequência, quando opta pela contratação de empregados regidos pela legislação do trabalho, não se equipara, em hipótese alguma, ao empregador comum.

Convém recordar, como faz a melhor doutrina, que o regime jurídico de trabalho adequado para o serviço público é, sem dúvida, aquele de natureza estatutária.

A tradição do nosso direito sempre foi nesse sentido. É que o regime estatutário nasceu vocacionado para reger a relação de trabalho entre o servidor público e o Estado. As linhas fundamentais de conjunto desse regime expressam, exatamente, as condições necessárias tanto para o Estado como para o servidor público.

127 CIRNE LIMA, r. *Princípios...*, p.21.

O sistema da Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, foi concebido para reger a relação jurídica existente entre empregado e empregador no âmbito privado. A aplicação do complexo normativo constante da CLT e legislação complementar ao serviço público gera, sem dúvida, dificuldades incontornáveis ou, pelo menos, de difícil solução.

Pois bem: regressando ao tema, cumpre reafirmar que o Estado, quando contrata pelo regime da CLT, (usa-se esta expressão para designar toda e qualquer regra de Direito do Trabalho) não se lava da sua condição de poder público, para se equiparar ao empregador privado. De forma alguma ocorre tal fenômeno. Pelo contrário, mantém a sua condição de supremacia, não abdicando, em momento algum, do exercício da *puissance public* de que tão bem falam os franceses.

Não se afirma que o Estado age, sempre, exercendo a *potestas* que lhe é inerente, pois há determinadas situações (por exemplo quando firma contrato de locação de imóvel para a instalação de órgão público) em que incidem regras de direito privado, mas, nesse caso, comparece perante o particular em igualdade de condições, pelo menos no que atine às obrigações oriundas da avença contratual.

Tal fato não ocorre no que tange ao contrato de trabalho, já que, nessa situação, o Estado mantém a sua condição de origem. A utilização de normas de natureza trabalhista em nada afeta a sua condição, visto que se dirigem, essencialmente, em conformar uma moldura de proteção para o empregado.

Dito de outra maneira: as regras e princípios de direito do trabalho formam uma rede protetora do empregado. A existência desta malha mais se justifica em razão da variante política existente na Administração Pública que interfere, na maioria das vezes, na vida do empregado público.

A conclusão acima é liminar, mas segura.

Dois exemplos servem para desmontar qualquer raciocínio em sentido oposto. O primeiro roça com os denominados privilégios (ou prerrogativas) conferidos ao Estado no plano do processo: prazo em quádruplo para contestar, em dobro para recorrer, pagamento de custas ao final e remessa oficial. O outro refere-se a forma de execução por meio de precatório requisitório de pagamento.

Não existe situação dotada de maior peculiaridade. O Estado, para determinados efeitos (dispensa de empregados, por exemplo), nivela-se ao particular; entretanto, no momento seguinte, quando é acionado para discutir a legalidade do seu ato, assume magicamente, a condição de poder público, recebendo, então, os benefícios que a ordem jurídica lhe confere.

A situação é, quando menos, de profunda incoerência, sinalizando para o caminho de que o Estado, nesse caso, comporta-se como Janus Bifronte, pois, ora é empregador comum, usufruindo o que lhe interessa da legislação trabalhista (como despedir livremente seus empregados) e, em seguida, retoma a sua condição de poder público para desfrutar dos benefícios que a legislação lhe concede nessa condição.

A respeito do tema, o Professor Adilson Dallari, em texto de invulgar precisão, assinala que onde a administração toca, ela publiciza. Mesmo quando a administração adota o regime da CLT, ela não tem a mesma liberdade que tem o administrador privado, porque o administrador público é um escravo da lei, a administração existe para executar comandos legais, para perseguir finalidades postas pela lei.¹²⁸

128 DALLARI, A. . Estudos de Direito Público. *Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura de São Paulo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 91.

Surge, de logo, uma atração fatal entre a presença do Estado e a incidência imediata do regime jurídico administrativo. A administração, onde toca, como diz, saborosamente, Dallari, atrai as cores da publicização, timbrando a relação jurídica de uma maneira diferenciada, pontuada, agora, pela relação de administração de que fala Cirne Lima.

A respeito do assunto, aprecie-se o vigor expositivo do seguinte trecho:¹²⁹

Sendo o servidor celetista um agente público, não posso deixar de ficar com a posição de que a legislação trabalhista lhe é aplicável em combinação com princípios que regem o atuar do agente incorporado ao órgão administrativo. Tenho que a relação de emprego entre uma autarquia, como é o caso dos autos, e o seu servidor, não forma um vínculo de natureza puramente privada. Há uma força de direito público a imperar em tal relacionamento, pelo que não se permite ao administrador agir com tal liberdade, por não ser o senhor da coisa pública, não exercendo, portanto, sobre elas, as repercussões de poder gozá-la, usufruí-la e dela dispor. O interesse público prevalece, conseqüentemente, sobre as conveniências do servidor e invalidam a vontade extralegal do administrador. O fazer administrativo é em todos os ângulos, subordinado ao princípio da legalidade.

Tem idêntico sentido o parecer do então Consultor Geral da República, Paulo César Cataldo, quando escreveu: “Em síntese, tem-se que os servidores públicos celetistas ligados por contrato à União e suas Autarquias — isto é, a desempenharem função pública em sentido estrito não se regem, apenas, pela legislação trabalhista, mas, na verdade, também, por leis administrativas, agente públicos que são.”¹³⁰

129 BRASIL. Tópico de sentença proferida pelo então Juiz Federal José Augusto Delgado, nos autos n.º 665/85. Publicado na Revista de Direito Público n. 81/95.

130 BRASIL. Parecer. Consultoria Geral da República. Publicado no Diário da Justiça da União de 3 de agosto de 1981, p. 14.507.

É possível, então, afirmar que somente a existência de um regime jurídico de natureza híbrida é capaz de proporcionar uma convivência harmoniosa entre o ordenamento constitucional e as regras e princípios constantes da legislação trabalhista, pena, inclusive, do surgimento de situações de constitucionalidade duvidosa.

7.4 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A relação harmoniosa antes sugerida entre a lei trabalhista e a norma constitucional deságua em moderna vertente da hermenêutica jurídica conhecida por interpretação conforme a constituição.

Comentando o assunto, Paulo Bonavides entende que, em rigor, não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.¹³¹ Em outro trecho, destaca que a aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se, ao mesmo passo, o princípio de que, em caso de dúvida, a lei será interpretada conforme a Constituição.

Deriva, outrossim, do emprego de tal método, a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões.

¹³¹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed., rev., ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 474.

É possível, então, afirmar que somente a existência de um regime jurídico de natureza híbrida é capaz de proporcionar uma convivência harmoniosa entre o ordenamento constitucional e as regras e princípios constantes da legislação trabalhista, pena, inclusive, do surgimento de situações de constitucionalidade duvidosa.

7.4 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A relação harmoniosa antes sugerida entre a lei trabalhista e a norma constitucional deságua em moderna vertente da hermenêutica jurídica conhecida por interpretação conforme a constituição.

Comentando o assunto, Paulo Bonavides entende que, em rigor, não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.¹³¹ Em outro trecho, destaca que a aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se, ao mesmo passo, o princípio de que, em caso de dúvida, a lei será interpretada conforme a Constituição.

Deriva, outrossim, do emprego de tal método, a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares, que não podem ficar ignorados, cumprindo levá-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões.

¹³¹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed., rev., ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 474.

Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor. *A Verfassungskonforme auslegung*, prossegue Bonavides, consoante decorre de explicitação feita pela Corte de Karlsruhe, na Alemanha, significa, na essência, que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação ‘em harmonia com a Constituição’ e, ao ser assim interpretada, conservar o seu sentido ou significado.

Merece atenção especial a reflexão de Canotilho sobre esta forma de interpretação constitucional, quando observa que o princípio tem sido interpretado no sentido do *favor legis*, no plano do direito interno, e do *favor conventionis*, no plano do direito internacional. Consequentemente, uma lei ou um tratado só devem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a constituição. Pondera, todavia, que o sentido do princípio não deve ser, apenas, o do *favor legis* ou do *favor conventionis*, sob pena de reduzi-lo a mero princípio de conservação de normas. Propõe que se veja, nesta forma de interpretação, um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei.

Com isto, o princípio da interpretação conforme a Constituição é alçado a *princípio de prevalência normativo-vertical* ou de *integração hierárquico-normativa*, em lugar de um simples princípio de conservação de normas. *

* Cumpre assinalar a referência histórica feita por Canotilho, no sentido de que o princípio da interpretação conforme a Constituição é um princípio geral de interpretação que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana segundo a qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with the constitution*. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1171.

Uadi Lammêgo Bulos, reportando-se a Jorge Miranda, pondera que para se fazer a interpretação conforme à Constituição é necessário determinar quais são as que invalidam a norma e quais as que lhe garantem subsistência válida no ordenamento jurídico, declarando, expressa ou implicitamente, algumas interpretações inconstitucionais ou ilegais e outras constitucionais ou legais.¹³² Isto significa que as possibilidades ocorrerão sempre que um certo preceito normativo oferecer diversas possibilidades de interpretação. Algumas dessas possibilidades serão em consonância com a própria Constituição e outras em dissonância com suas normas.

Lembra Celso Bastos que pela interpretação conforme à Constituição, uma lei não deve ser declarada nula quando seja passível de uma interpretação que a coloque em plena sintonia com o conjunto normativo-constitucional. Quando uma norma infraconstitucional apresentar dúvidas em relação ao seu exato significado, deve dar-se preferência à interpretação que lhe coloque em conformidade com os preceitos constitucionais.

Isto nada mais é do que a aplicação do princípio da supremacia da Constituição dentro de um determinado ordenamento jurídico, aliado ao princípio de que, sempre que possível, uma regra deve ser compreendida de forma a ser dotada de eficácia, só devendo declarar-se sua inconstitucionalidade como última *ratio*.¹³³

Extraindo conseqüências desse modo de interpretar o ordenamento, García de Enterría discorre:¹³⁴

132 BULOS, U. L. *Manual de Interpretação Constitucional*, São Paulo: Saraiva. 1997. p. 53.

133 BASTOS, C. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1997. p.167.

134 ENTERRÍA, E. G. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed.. Madrid: Editorial Civitas S/A 1985. p.102 et seq.

A interpretação conforme a Constituição, de toda e qualquer norma do ordenamento, tem uma correlação lógica na proibição, que há de se entender implícita, de qualquer construção interpretativa ou dogmática, que chegue a um resultado direta ou indiretamente contraditório em relação aos valores constitucionais. As normas constitucionais são, portanto, “normas dominantes” frente a todas na concreção do sentido geral do ordenamento” *

Cite-se o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, para quem a interpretação conforme ocorre quando o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental, permitindo uma renúncia ao formalismo jurídico em nome da idéia de justiça material e da segurança jurídica.¹³⁵

Assim, consoante o autor, o postulado do Direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, significa que deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Na doutrina menciona-se, freqüentemente, a frase de Coley: O tribunal, se possível, deve dar à lei uma interpretação que lhe permita produzir efeitos.*

Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivizar uma norma constitucional, como asseriu Gilmar Ferreira Mendes.¹³⁶

* La interpretación conforme la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlción logica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales. Las normas constitucionales son, pues, “normas dominantes” frente a todas en la concreción del sentido general del ordenamiento.

135 MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ED. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 229 et seq.

* “ The court, if possible, must give the statute a construction as will enable it to have effect.”

136 MENDES, G. F. . *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

Com efeito, esta é a única forma de hermenêutica que possibilita, como antes dito, uma compatibilização adequada entre a lei trabalhista e a norma constitucional, e autoriza concluir, sem receio de equívoco, que o Estado quando contrata empregados pelo regime trabalhista atrai, sem possibilidade de fuga, todo o arsenal de princípios e regras constantes da norma constitucional aplicáveis à administração direta e indireta (centralizada e descentralizada, dito com melhor técnica) com todas as conseqüências advindas desse plexo normativo.

8 O ATO RESCISÓRIO DO CONTRATO DE TRABALHO COMO ESPÉCIE DE ATO ADMINISTRATIVO

Coube a Gierke, citado por Hely Lopes Meirelles,¹³⁷ formular a teoria do órgão para explicar a manifestação de vontade estatal no mundo externo.*

Assim, a movimentação orgânica, ao final de seu complexo funcionamento, gera um produto final: o ato administrativo.

Como dito anteriormente — mas vale a pena repetir — o ato administrativo é produzido em caráter preponderante no âmbito do Poder Executivo. Contudo, em escala residual, surge, também, no interior do Legislativo e do Judiciário, quando exercitam função de administração. Aliás, pretende-se caminhar para mais longe, e ousa-se sustentar, no correr destas páginas, que, mesmo no âmbito da administração indireta ocorre o exercício de função administrativa e é possível, por este motivo, ampliar o conceito de ato administrativo para o efeito de abranger, também, os atos praticados por estas entidades.

Pois bem: cumpre, agora, tratar da questão atinente ao conceito de ato administrativo.

A ausência de conceito de ato administrativo no direito positivo é geratriz de desencontro no plano doutrinário.

137 Direito administrativo brasileiro, p.63

* Para um melhor exame é indispensável a leitura do artigo “Introdução à teoria do órgão no direito administrativo” de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, publicado na Revista de Direito Administrativo n. 98, p. 17 et seq.

Medram conceitos. Alguns pecam pelo excesso e outros pela escassez. Afirmou-se, anteriormente, e é válido repisar, que o conceito tem valor científico na exata medida em que limita o campo de estudos do observador e distingue — nitidamente — o objeto da investigação. Além disto, é mera arena para discussões intermináveis entre os autores. De outra margem, é preciso entender que a criação infinita de novos conceitos satisfaz — quando muito — a vaidade intelectual do autor, mas não traz contributo efetivo para a evolução científica do objeto conceituado.

Tem razão Antonio Carlos de Araújo Cintra quando escreve que há conceitos que podem ser extraídos, diretamente, do texto legal (art. 3º do Código Tributário Nacional, por exemplo), enquanto outros podem ser retirados do ordenamento jurídico. Todavia, há uma categoria de conceito que não se enquadra nas hipóteses antes descritas, pois o texto legal é falto nesse sentido e não é possível a sua formulação a partir do ordenamento jurídico. Cabe, pois, ao jurista e somente a ele, conceber formulação teórica capaz de viabilizar a compreensão da realidade jurídica a partir do conceito formulado.

Em resumo: são conceitos metodológicos, dos quais não se pode dizer que são verdadeiros ou falsos, mas, simplesmente úteis ou inúteis.¹³⁸

Adota-se, no particular, o conceito de ato administrativo oferecido por Lúcia Valle Figueiredo¹³⁹: “É a norma concreta, emanada pelo Estado ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário.”

138 Antonio Carlos de Araújo CINTRA. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1979. p. 25.

139 FIGUEIREDO, L. V. *Curso...*, p.88.

Neste passo, acompanha-se o pensamento de Bauer Novelli no sentido de que a eficácia tem o seu componente distintivo exatamente na efetiva produção de efeitos e não na possibilidade de desencadear as alterações que lhe são peculiares, em face da sua tipologia específica.

A segunda ordem de considerações vincula-se com os requisitos do ato administrativo.

A doutrina tradicional, pela mão de Hely Lopes Meirelles, atesta a existência de cinco requisitos necessários à formação do ato administrativo, assim descritos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.¹⁴³

Dissente desse entendimento, Celso Antonio — pleno de razão — propõe uma forma diferente de abordagem. Entende que se devam distinguir os elementos e os pressupostos do ato, pois sem elementos não existe ato e, ausentes os pressupostos, produz-se ato inválido.¹⁴⁴

Afirma, então, que são elementos do ato: o conteúdo e a forma. De outro lado, consideram-se pressupostos: subjetivos (sujeito); objetivos (motivo e requisitos procedimentais); teleológicos (finalidade); lógicos (causa) e formalísticos (formalização).

O conteúdo do ato (por alguns denominado de objeto) é, em verdade, o próprio ato, naquilo que possui de essencial. A forma é o revestimento exterior do ato, o modo pelo qual aparece e revela sua existência. Estes são, em suma, os elementos do ato administrativo.

143 MEIRELLES, *Direito Administrativo...*, p.133.

144 BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, p. 177 et. seq.

No que atine aos requisitos, pode-se sumariar assim: o sujeito é o produtor do ato; o motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. Requisitos procedimentais são as etapas que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. A finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Causa é a relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto. Formalização é a específica maneira pela qual o ato deve se externar.

Pois bem: diante das considerações expendidas é possível concluir que o ato rescisório do contrato de trabalho de empregado público integra o conceito de ato administrativo?

A matéria não foi objeto de indagação de parte da doutrina. Mesmo o segmento doutrinário que exige o requisito da motivação como pressuposto de validade do ato de dispensa do empregado público não roça o tema por esse viés. É dizer: o ato de dispensa deve ser motivado, em face dos princípios constitucionais que regem o exercício da função administrativa, mas, não afirmam, expressamente, que a aludida conduta estatal se manifesta, no mundo exterior, por meio da espécie conhecida como ato administrativo.

Parece, contudo, que é de todo conveniente dissipar esta dúvida, reconhecendo o ato rescisório como espécie de ato administrativo, com todas as conseqüências que possam surgir deste enquadramento jurídico.

Pretende-se, portanto, uma ampliação do conceito de ato administrativo, sustentada nas seguintes linhas fundamentais de conjunto.

O Estado empregador, quando contrata pelo regime trabalhista submete-se, por evidente, ao regramento contido neste ramo do direito. Contudo, a relação jurídica que

se forma recebe, ainda, o influxo de princípios e regras próprias do direito administrativo, formando o denominado regime híbrido.

A conformação do regime jurídico como antes explicitado (natureza híbrida) decorre do fato de que o Estado empregador submete-se, integralmente, aos princípios constitucionais constantes do art. 37 da CF/88 e outros que, embora não positivados, derramam-se pelo texto da Carta Política.

Esta circunstância, sem dúvida, colore com timbres fortes e diferenciados a relação jurídica de trabalho existente entre o empregado e o Estado. Não é, nem pode ser, uma relação de trabalho como aquela que se origina, na sua pureza, da norma trabalhista. De outra margem, não resta dúvida que o ato produzido pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes, como diz Celso Antonio), no exercício da função administrativa, somente pode ser encartado no conceito de ato administrativo.

Em relação ao mesmo assunto, no processo trabalhista que tramitou na 8ª Vara da Justiça Federal, Seção de São Paulo, em que se determinou a reintegração de servidor regido pela CLT, optante pelo FGTS, por ter sido desligado sem inquérito administrativo, a então Juíza Lúcia Valle Figueiredo Collarile sentenciou:¹⁴⁵

“Note-se que ao Estado-Empregador não é dada a autonomia da vontade. Muito pelo contrário. O que existe é a relação de administração, como magistralmente averbada pelo pranteado Cirne Lima. As competências são dadas ao Poder Público para que cumpra seu dever elementar de implementar o interesse público qualificado pela norma. Não o escolhido ao livre alvedrio do Administrador”.

145 *apud*: BANDEIRA DE MELLO, C. A . Parecer nos autos 1249/88 da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, Curitiba, 1988. p.26.

Não há por onde escapar. Para os adeptos da idéia de que a relação de trabalho em exame é regida, com exclusividade, pela CLT, a conclusão é de invejável coerência. O ato de despedimento está ligado, de modo indissociável, ao que previne o ordenamento jurídico trabalhista, pois o Estado equipara-se, em tudo, ao empregador comum. Logo, o ato é de natureza privada, não obstante originário do poder estatal. Esta forma de equacionar o problema jurídico parece prestigiar a lei, mas atropela o texto constitucional. Como referido no Capítulo 7 deste trabalho, esta vertente de interpretação olha para a Constituição em face da lei, esquecendo-se que o caminho correto é, justamente, o contrário. Deve, necessariamente, ocorrer, em primeiro lugar, a incidência do regramento previsto na Constituição para que se viabilize, depois, a aplicação da norma de natureza legal.

Para aqueles que pensam em sentido contrário, o Estado não se equipara ao empregador particular, em momento algum. Tanto isto é certo que desde a admissão do empregado público é possível se constatar a presença de normas de direito público a derogar o ordenamento jurídico trabalhista, visto que, na ordem constitucional em vigor, não é juridicamente viável o ingresso no serviço público senão mediante aprovação em concurso público, exigência que inexistente em relação ao empregador particular, a não ser que este opte por se vincular a este tipo de regramento por vontade própria.

Pois bem: se o Estado empregador não se equipara ao empregador particular, a conclusão somente pode ser no sentido de que o ato objeto da vontade estatal é ato administrativo, atraindo, portanto, a incidência de todo o aparato normativo e doutrinário criado para envolver esta espécie de ato jurídico, sob pena de desacato à lógica e, o que é mais grave, não oferecendo ao ato de despedimento uma qualificação jurídica adequada, o que não se compadece com uma visão sistemática do direito.

Por último, é imperativo referenciar que o Professor Celso Antonio produziu, em 15 de junho de 1988, magnífico parecer nos autos da ação trabalhista n.º 1.249/89, que tramitou perante a 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba, em demanda onde se discutia a possibilidade de reintegração de servidor de autarquia contratado pelo regime da CLT, concluindo pela invalidade do ato de dispensa e conseqüente reintegração do servidor, utilizando-se de argumentação irresponsável, lastreada em farta orientação doutrinária e jurisprudencial, aplicando, ao caso em exame, todo o arsenal teórico atinente ao ato administrativo para justificar a invalidade do ato de dispensa.

O respeitado jurista — não obstante a relação jurídica de trabalho estivesse sob o pálio da CLT — construiu toda a sua linha de argumentação em torno da noção de ato administrativo, o que, salvo engano, conduz à conclusão de que admite, também, a ampliação do conceito de ato administrativo para albergar em sua abrangência o ato que provoca a despedida de empregado público.¹⁴⁶

Em suma: o ato de despedimento que produz o desligamento de empregado regido pela CLT é ato administrativo com todas as conseqüências geradas por esta forma de abordagem.

146 Ver, neste sentido, sentença proferida no aludido processo, publicada na RDP n.º 100/249 - Juiz Ney José de Freitas.

9 O ATO ADMINISTRATIVO DE DESPEDITAMENTO EM FACE DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Este capítulo corresponde ao ponto central do presente trabalho: responder à indagação no sentido de saber se o ato de despedimento praticado pelo Estado empregador submete-se aos princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente no que toca à necessidade de fundamentação, como requisito de validade do ato rescisório.

9.1 A MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A idéia de motivação (utiliza-se esta expressão, embora talvez inadequada, posto que consagrada no âmbito da doutrina e da jurisprudência) penetrou no direito administrativo, sem dúvida, egressa do direito processual, ligada, como adverte Carlos Ary Sundfeld, à intenção de tornar mais racional a atividade dos juízes e facilitar a interpretação dos julgados, a interposição e julgamento de recursos.¹⁴⁷

Em última análise, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e administrativas numa visão moderna e atualizadora, é produto natural da afirmação de um Estado Democrático de Direito.

A respeito da fundamentação como requisito de validade dos atos judiciais Sérgio Nojiri teve a oportunidade de afirmar que no Estado Democrático de Direito, onde o exercício do poder é limitado, não há espaço para exercentes de funções

147 SUNDFELD, C. A . A motivação do ato administrativo como garantia dos administrados, *in Revista de Direito Público*. n. 75, p. 119.

públicas irresponsáveis. Não há lugar para tiranos. Dessa forma, o juiz não pode ser visto como o “senhor do processo”. A despeito de expedir ordens, o magistrado tem o dever de se pautar por um critério objetivo fundamental em sua conduta: a lei. Além disso, deve justificar a decisão tomada, através de motivadas razões a serem amplamente expostas a quem tiver o interesse de conhecê-las. A fundamentação das decisões judiciais é, pois, uma garantia constitucional contra o arbítrio e o abuso de autoridade.¹⁴⁸

No campo do direito administrativo, Carlos Ari Sundfeld esclarece que o enfoque original foi o mesmo. Vale dizer: o objetivo era: a) evidenciar o conteúdo do ato, facilitando sua interpretação, em nome de um “princípio de clareza”, segundo o qual a administração teria o dever de “atuar justa e claramente”; b) forçar um cuidado especial do agente público, evitando-se atuações precipitadas, sem qualquer base legal que pudesse expor em uma justificação; c) persuadir o administrador a aceitar o ato da autoridade ante a explicação das razões que o ditaram.¹⁴⁹

O princípio da motivação dos atos administrativos, contudo, não foi positivado no artigo 37 da Constituição do Brasil de 5 de outubro de 1988, pois se afastou sugestão do Prof. Celso Antonio, nesse sentido (orientação que foi acolhida, por exemplo, na Constituição Paulista de 1989). Perdeu o constituinte (com aplausos do mau administrador) a oportunidade extraordinária de consagrar, de modo expresso, no texto constitucional, este vetor principiológico da mais alta transcendência.

De qualquer modo, ainda que não positivado no art. 37 da CF/88, o aludido princípio permeia toda a atividade administrativa e constitui-se, sem dúvida, em requisito de validade do ato administrativo.

148 NOJIRI, S. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 114.

149 SUNDFELD, C. A. *A motivação do ato administrativo...*, p.118/119.

A respeito de princípio não positivado, mas existente no ordenamento jurídico, Eros Roberto Grau acentuou:¹⁵⁰

Exemplifico com um princípio do direito, descoberto na Constituição de 1.988 — o da motivação do ato administrativo — normativamente tão denso quando os da impessoalidade e da publicidade dos atos da Administração, inscritos no seu art. 37, caput, e mais denso que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado nos seus arts. 1º, III, e 170, caput. Daí a verificação de que também os princípios gerais do direito — e não será demasiada a insistência, aqui em que se trata de princípios de um determinado direito — constituem, estruturalmente, normas jurídicas.

Assim, mesmo que não positivado, mas existente no ordenamento e, portanto, passível de ser desvelado, o princípio da motivação constitui norma jurídica e oferece, sem dúvida, todas as condições necessárias para a sua incidência na dissolução dos problemas que exigem solução dentro de suas pautas de valores.

A motivação suficiente é requisito imposto pelo art. 93, inciso X, da Constituição Federal de 1988 para as decisões tomadas pelo Poder Judiciário no exercício da função administrativa. Em face desta imposição, seria cometer sério atentado à lógica e ao bom senso exigir-se do Poder Judiciário a fundamentação quando exercita função administrativa e dispensar a Administração Pública de fazê-lo quando exerce a mesma atividade.

Vale lembrar: o Poder Judiciário, quando exercita função atípica, é obrigado a motivar a sua conduta. A administração Pública, quando exerce função típica, estaria dispensada de explicitar, de modo suficiente, a sua forma de agir. Em outras palavras: não há possibilidade de exercício da função administrativa sem o manejo constante do ato administrativo e, neste caso, justamente aqui, onde o Estado interfere, com

150 GRAU, E. R. *A ordem econômica ...*, p. 111/112.

intensidade, na esfera jurídica do cidadão, a Administração Pública estaria exonerada de fundamentar seus atos.

Não é assim. Não pode ser assim. Compreensão nesse sentido conduz a um verdadeiro contra-senso e proporciona o surgimento de interpretação que não se caracteriza pelos predicados da inteligência. A lição de Carlos Maximiliano, sempre atual, prega que o Direito deva ser interpretado inteligentemente: não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulta eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo.¹⁵¹

Medita-se, de outra parte, na orientação de Clélio Chiesa quando preconiza que a fundamentação expressa é obrigatória em todos os atos administrativos. É um princípio implícito decorrente de nosso Estado Democrático de Direito. É um pressuposto inafastável para o controle do ato administrativo que, por sua vez, é uma garantia constitucional assegurada aos administrados.¹⁵²

Por seu turno, Alberto Ramon Real asseverou que o dever de fundamentação é produto, em última razão, de algumas vertentes: Estado de Direito, garantia do exercício da função administrativa nos limites da boa fé, possibilidade de controle de parte do cidadão, na afirmação do seu direito político, em face das razões de decidir suficientemente explicitadas pela Administração Pública, entre outras. Em outro trecho, pondera que a fundamentação facilita a interpretação e o controle do ato e

151 MAXIMILIANO, C. *Heremênutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 166.

152 CHIESA, C. O princípio implícito da obrigatoriedade da fundamentação expressa dos atos administrativos. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 11, jul./set./ 1994. p.11.

defende a boa administração, ademais de garantir os direitos dos administrados. O império da legalidade e da moralidade administrativa interessa a todo o regime político sadio. Portanto, o que é bom para os administrados o é para os entes estatais, cujo prestígio e eficiência requerem a convicção popular de sua retidão. Precisamente, o juízo da opinião pública é facilitado pela fundamentação.¹⁵³

Para Hely Lopes Meirelles, a motivação dos atos administrativos vem se impondo dia a dia como uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental.¹⁵⁴ Bilac Pinto entende que o princípio da motivação dos atos administrativos constitui moderna tendência do Direito Administrativo nos países democráticos.¹⁵⁵

Segundo Gaston Jèze, para se ter a certeza de que os agentes públicos exercem sua função movidos apenas por motivos de interesse público da esfera de sua competência, leis e regulamentos recentes multiplicam os casos em que os funcionários, ao executarem um ato jurídico, devem expor expressamente os motivos que o determinam. É a obrigação de motivar. O simples fato de não haver o agente público exposto os motivos de seu ato bastará para torná-lo irregular; o ato não motivado, quando devia ser, presume-se não ter sido executado com toda a ponderação desejável, nem ter tido em vista interesse público da esfera de sua competência funcional.¹⁵⁶

Em monografia específica sobre o assunto, Antonio Carlos de Araújo Cintra sublinhou a necessidade, em primeiro lugar, de que a motivação indique as premissas

153 RAMÓN REAL, A. . Fundamentación del acto administrativo, *in Revista de Direito Público*, n.62, abr, jun./ 1982. p.5.

154 MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo...*, p.180.

155 PINTO, B. *Estudos de Direito Público*, Rio de Janeiro, 1.953, p. 312.

156 JÈZE, G. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, III, Paris, 1926. p. 219.

de direito e de fato em que se apoia o ato motivado, com a menção das normas legais aplicadas, sua interpretação e, eventualmente, a razão da não aplicação de outras; e com referência aos fatos, inclusive, a avaliação das provas examinadas pelo agente público a seu respeito. Em segundo lugar o agente público deve justificar as regras de inferência através das quais passou das premissas à conclusão, se houve necessidade.¹⁵⁷

O amplo espectro doutrinário citado conforta, sem dúvida, a idéia de que a motivação é uma inerência do ato administrativo. Nele está colada, de modo indissociável, funcionando como requisito de validade da vontade estatal.

Neste mesmo sentido entendem Juarez Freitas¹⁵⁸, Lúcia Vale Figueiredo¹⁵⁹ e Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁶⁰, quando adverte que a obrigação de motivar configura a melhor garantia para o cidadão porque leva a Administração a externar as causas da própria determinação. A motivação expressa transparência e clareza e impõe-se à Administração a ponderação de seu agir, obstaculizando justificações fundadas a partir de incertezas ou elucubrações interpretativas.

Enfim, tudo caminha para a lição definitiva de Celso Antonio, de que a motivação é a justificativa do ato. Nela se compreende a exposição dos fundamentos de direito, dos fundamentos fáticos e da procedência lógica da medida em face da racionalidade abstrata e também das diretivas encampadas pelo sistema jurídico. Nos casos em que há discricionariedade administrativa jamais se poderia saber se um fato foi efetivamente praticado em sintonia com a finalidade legal. E é óbvio que este esclarecimento não seria bastante se apenas aludisse à norma jurídica atributiva de

157 CINTRA A. C. *A Motivo e motivação...*, p. 127.

158 FREITAS, J. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios, *in* BDA - Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: junho de 1995. v. 11 : 324-337.

159 FIGUEIREDO, L. V. *Curso...*, p. 101/102.

160 BACELLAR FILHO, R. F. *Princípios constitucionais...*, p. 192.

competência. Também não o seria em muitas hipóteses, se a isto se agregasse apenas a remissão a um dado fato sem aclarar o porquê este fato (motivo) justifica o ato perante o direito vigente, — já que nem tudo o que é abstratamente razoável pode ser validade efetuado.

Deveras, conforme se viu inicialmente e se frisou com citações de STASSINOPOULOS e RENATO ALESSI, para a válida atuação administrativa não basta meramente que uma conduta seja de antemão permitida e que se produza em consonância com a finalidade legal. Só, então, poderá dizer-se afinada com o direito positivo”.¹⁶¹

No âmbito do direito estrangeiro, a forma de pensar não diverge do que já foi enunciado. Observe-se formulação constante de aporte doutrinário da lavra de José Carlos Vieira de Andrade, de que não se pode dizer que só a motivação tenha interesse como conteúdo de um dever formal: além dos casos em que a indeterminação da hipótese normativa abre à administração espaços de apreciação próximos (senão idênticos), pelo caráter constitutivo da concretização implicada, dos momentos de discricionariedade na escolha da medida, não pode esquecer-se que é a partir do fim definido na justificação que o autor do ato constrói o conteúdo da sua decisão no uso de poderes discricionários. Os sinais dos tempos apontam para uma crescente importância da justificação em consequência do aumento da ‘porosidade legal’.¹⁶²

Desse entendimento não discrepa José Oswaldo Gomes, quando, sobre a necessidade de fundamentação do ato, afirma tratar-se do dever de enunciar expressa e sucintamente as razões ou motivos de fato e de direito do ato administrativo, ou, se

161 BANDEIRA DE MELLO, C. A . Parecer... 1249/88 da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento, Curitiba, 1988.

162 ANDRADE, J. C. V *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: 1992. p.21

quisermos, de indicar as premissas do silogismo em que a decisão corresponde à conclusão.¹⁶³

Na doutrina italiana, Cino Vitta prega que a motivação deve conter não somente a menção da norma de direito e a declaração de haver sido efetuada uma concreta valoração dos fatos, mas, sobretudo, as razões de fato e os motivos de direito pelo qual se dita o procedimento, se deseja que resulte útil à defesa do administrado; em contrário, o interessado poderá compreender que a norma se lhe aplicou, porém ignorará complementarmente as razões pelas quais foi invocada sua aplicação.¹⁶⁴

Para Maria Rivalta, o problema da motivação é um problema de substância.¹⁶⁵ O cidadão não entra em contato com os motivos que ditaram o ato administrativo, senão por meio dos motivos documentados no mesmo ato ou em outras fontes; portanto, os motivos, enquanto documentados, dizem respeito à substância do ato.*

9.2 O ATO DE DESPEDITAMENTO DE EMPREGADO PÚBLICO

Feito um recenseamento sobre a necessidade indeclinável da motivação nos atos administrativos, cumpre, agora, examinar a aplicação desse arcabouço doutrinário ao caso específico da rescisão do contrato de trabalho de empregado público.

¹⁶³ GOMES, J. O. *Fundamentação do acto administrativo*. 2ª ed. ver. atual. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1981. p.52.

¹⁶⁴ VITTA, C. *Diritto Amministrativo*. Turino: Utet, 1954. p. 417.

¹⁶⁵ RIVALTA, M. *La motivazione degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1960. p.177.

* Il problema della motivazione é un problema de sostanza. Il cittadino non viene a contato coi motivi che hanno dettato l'atto amministrativo, se non per mezzo dei motivi documentati attengono alla sostanza dell'atto.

A extinção do contrato de trabalho no campo da relação entre empregado e empregador privado é regida — na sua inteireza — pelas normas constantes da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há dúvida e nem se controverte a esse respeito. A admissão e a dispensa de empregados são livres, pois, nesse sentido (ainda que criticável) é a orientação do ordenamento jurídico trabalhista, desde a implantação do denominado fundo de garantia por tempo de serviço(FGTS). Este sistema é perfurado somente em hipóteses especiais, por exemplo: quando o empregador obriga-se de modo diferente por meio de regulamento de empresa ou nos casos de garantia de emprego assegurada em norma legal ou convencional. A regra geral, contudo, repousa na livre admissão e dispensa do empregado.

O rompimento do contrato de trabalho, de parte do empregador, é possível e não depende de motivo criado pelo empregado. Trata-se, em realidade, de uma forma de denúncia vazia do contrato de trabalho e insere-se, desta forma, num conceito de ato jurídico dotado de unilateralidade, prescindindo, por decorrência, da manifestação de vontade do empregado. Tal fato, todavia, não exclui a possibilidade de o empregado manifestar contrariedade ao ato patronal em caso de abuso de direito, pois, nesta hipótese, ocorre flagrante violação à ordem jurídica. O empregado pode e deve resistir, como preconiza Márcio Túlio Vianna em excelente obra a respeito do tema.¹⁶⁶

O esquema teórico antes explicitado elimina toda e qualquer controvérsia existente nas relações jurídicas de trabalho entre empregado e empregador privado.

Contudo, se o Estado comparece na condição de empregador, a situação se modifica, integralmente. A relação jurídica, como disse Dallari de forma admirável, adquire o timbre da publicização e recebe, de imediato, o impacto de um feixe de princípios e regras que conformam o regime jurídico administrativo.

166 VIANNA, M. T. *Direito de resistência..* São Paulo: LTR, 1996.

É dizer: todo o bloco principiológico explícito ou implícito constante do texto constitucional incide de imediato e provoca uma espécie de derrogação da norma trabalhista, colocando, de logo, um bloqueio na conduta do Estado empregador, compelindo-o a motivar o ato que promove a dispensa do empregado público.

No parecer antes citado, Celso Antonio afirmou que a Administração Pública e autarquias não podem romper vínculos de trabalho ao bel prazer dos administradores, isto é, sem motivos prestantes ou por motivos falsos ou juridicamente incoerentes com a decisão tomada, nem podem fazê-lo imotivadamente, isto é, sem expor as razões que validamente supeditaram o ato de despedida.¹⁶⁷

O argumento sustentado por aqueles adeptos do entendimento de que o Estado equipara-se ao particular quando contrata pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, com o devido respeito, não tem a consistência que se lhe pretende atribuir. É que, neste caso, ao conferir ao Estado a possibilidade do exercício de um poder potestativo de despedir livremente, incorrem em grave desvio de perspectiva.

Em primeiro lugar porque o Estado não se transforma e nem pode se transformar em empregador comum pelo fato de contratar pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Tal opção não afasta a incidência de princípios e regras constitucionais aplicáveis — sempre — onde se manifestar o exercício de função administrativa.

O poder potestativo, como concebido no direito do trabalho, não cabe onde comanda a denominada relação de administração.

167 BANDEIRA DE MELLO, *Parecer...*

O administrador público, na condição de gestor da *res publicae*, não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade que, aliás, é irrelevante no que atine aos empregados públicos, pois estes são servidores do Estado e não da pessoa do administrador público, como ocorreria numa relação de natureza privada.

Não há que se falar, portanto, em poder potestativo do empregador, já que tal figura somente existe (e dentro de limites razoáveis) no âmbito de aplicação da norma trabalhista em sua pureza de conteúdo, o que significa dizer que, no sítio de um regime híbrido, a hipótese jamais ocorre.

O outro argumento centra-se — fundamentalmente — na idéia de discricionariedade.

Aliás, cumpre recordar que o Administrador Público tem verdadeiro fascínio pelo exercício do que a doutrina tradicional denominou poder discricionário. Esta expressão serviu para legitimar atos que, na realidade, foram praticados com requintes de arbitrariedade e que escapavam do controle judicial por força de doutrina — forte e ao mesmo tempo dócil para os detentores do poder — no sentido de que a discricionariedade integra o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) situando-se em zona interdita ao exame do Poder Judiciário.

Em texto de invulgar atualidade, embora escrito em 1986, Sérgio Ferraz refere à necessidade de um desmantelamento do aparato autoritário da Administração Pública no Brasil, pontuando que o direito administrativo forneceu, no particular, forte aporte doutrinário que se somou a copioso segmento jurisprudencial, para confortar voraz tendência autoritária no campo do exercício da função administrativa.¹⁶⁸ Em outro

168 FERRAZ, S. *Curso de direito administrativo*. org. Celso Antonio Bandeira de mello. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p.166

trecho, cita como exemplo — justamente — a teoria da discricionariedade. A transcrição é fiel ao pensamento do autor:

Essa teoria da discricionariedade serve para todos os gostos. A idéia de que existe para o administrador — e para os juizes em determinadas hipóteses — em face de n possibilidades, a possibilidade de, irrestritamente, abordar qualquer delas, obteve foros de veracidade, quando na verdade, ela não é veraz, em hipótese alguma. A Administração Pública tem, dentre as suas várias linhas principiológicas e balizadoras, o dever de bem administrar. E o dever de bem administrar não é um simples dever de boa administração, é o dever da melhor administração.

Resulta, claro, pois, que o ato administrativo de despedimento do empregado público necessita — pena de invalidade — de motivação suficiente, inexistindo espaço para o exercício de poder potestativo e muito menos para apreciação discricionária, como demonstrado anteriormente.

Tratando do tema em foco, a Advocacia Geral da União, em parecer firmado pelo Consultor da União, Obi Damasceno¹⁶⁹, entendeu no mesmo sentido, gerando a seguinte ementa: “Ilegalidade da Portaria n.º 306, de 30.09.80. Servidor admitido por concurso, conquanto regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não pode ser dispensado discricionariamente, sem motivação. Ato nulo, a configurar abuso de poder. Reintegração do interessado no emprego.”

Em outro trecho ilustrativo asseriu o aludido consultor:

A dispensa do emprego, como todo ato administrativo, há de ser motivada ainda que se cuide de relação regida pela CLT, implicando sua falta, sem dúvida, invalidade do ato, até mesmo por se configurar, na hipótese, abuso de poder. No âmbito da Administração Pública, ao contrário do que se verifica na atividade privada, não é admissível venha a autoridade, ao seu

169 publicado no Diário Oficial da União de 17 de abril de 1995.

talante rescindir sem causa contrato de trabalho, máxime considerando tratar-se de servidor admitido por concurso e detentor em seus assentamentos de boas referências funcionais, como consta do processo.

Neste diapasão, a única forma válida de despedimento do servidor público é aquela decorrente de justo motivo, apurado mediante processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, portanto, com motivação suficiente e adequada para demonstrar, de modo irretorquível, que a quebra do vínculo contratual decorreu de conduta incompatível com a manutenção da relação empregatícia, tudo em resguardo do interesse público.¹⁷⁰

Oportuno mencionar a edição, em 22 de fevereiro de 2000, da Lei n.º 9.962, que disciplina o regime de emprego do pessoal da Administração Federal direta, autárquica e fundacional. Esta regra legal estabelece, no artigo 2º, a obrigatoriedade de

170 A Lei n.º 9784, de 29 de janeiro de 1.999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração direta e indireta da União, visa, diz o texto, em especial, a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da administração.

No art. 2º estabelece que a Administração Pública obedecerá, dentre outros aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Observa-se, pois, que o legislador acolheu a melhor orientação doutrinária a respeito da aplicação de princípios jurídicos explícitos e implícitos na CF/88 no que toca ao processo administrativo. Significa, sem dúvida, notável avanço no campo legal, pois dissolve qualquer dúvida a respeito da aplicabilidade dos aludidos princípios na seara do processo administrativo.

De outra parte, parece lógica a conclusão de que o princípio da motivação, encartado no art.2º da Lei n.º 9.784/99, com incidência sobre a administração direta e indireta, reflete, sem dúvida, no ato de despedimento do empregado público, visto que, tal ato deve ser precedido do respectivo processo, para o efeito de demonstração de interesse público no desligamento do empregado.

Estudando em profundidade a mencionada lei, Egon Bockmann Moreira (*Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei n. 9.784/99*, p. 258) no que trata do princípio da motivação aludiu:

Na medida em que a ampla defesa não pode ser compreendida como singela garantia formal ou abstrata, mas como um dos aspectos da participação efetiva do interessado no esclarecimento e formação das decisões da Administração, faz-se necessário o pleno conhecimento das razões dos atos administrativos, pois somente assim poderá manifestar-se a respeito deles."

E conclui, com uma expressão de elevado grau de síntese: "*Em verdade, decisões imotivadas são vazias de conteúdo e efeitos jurídicos*".

concurso público para ingresso e dispõe que o contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido unilateralmente pela Administração Pública em caso de falta grave, como enumeradas no art. 482 da CLT; em caso de acumulação de cargos necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa no termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da CF/88 e por insuficiência de desempenho, na forma estabelecida na própria lei (art. 3º).

Ao que parece, a lei condiciona o ato de despedimento à exigência de motivação suficiente e adequada. Nesse sentido, inclusive, em artigo que antecedeu a publicação da regra legal, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins escreveram: “Tendo em vista a exigência de concurso público para o ingresso no serviço público e a necessidade de motivação de todo o ato administrativo, fica descartada do regime celetista para o emprego público a dispensa imotivada. Assim, necessária se faz a especificação, através da lei, das hipóteses em que o ocupante de emprego público poderá ser dispensado”.¹⁷¹

De qualquer modo, a Lei 9962/2000 somente tem aplicabilidade, por força de disposição expressa, à administração direta, autárquica e fundacional da União, remanescendo, em sua plenitude, a questão, no que toca às empresas públicas, sociedades de economia mista e, ainda, no que se refere a Estados e Municípios que optaram pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, quando entrou em vigor a CF/88.

171 MENDES, G. F. & IGANDRA DA SILVA, I. A superação do regime único: legitimidade da admissão de servidores públicos sob o império da Consolidação das Leis do Trabalho. Revista LTR v. 62: 1462, novembro de 1.998.

9.3 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Ao cabo das considerações expendidas, cumpre, então, verificar a visão do tema pela ótica da jurisprudência. A aplicação de princípios jurídicos no círculo dos Tribunais torna-se, cada vez mais, imperativa.

Canotilho escreveu interessante artigo com o título “*Principialização*” da jurisprudência através da Constituição, esclarecendo que a subordinação à lei e ao direito por parte dos juízes reclama, de forma incontornável, a principialização da jurisprudência, ou seja, a mediação judicativo-decisória dos princípios jurídicos relevantes para a solução materialmente justa dos feitos submetidos a decisão jurisdicional.¹⁷²

A Justiça do Trabalho, diante do que se extrai do artigo 114 da Constituição Federal de 1988,¹⁷³ detém competência constitucional para o exame das causas envolvendo o Estado empregador desde que a relação jurídica decorra de relação de trabalho nos moldes de Consolidação das Leis do Trabalho.

Nos limites da jurisprudência trabalhista — timidamente é verdade — tem-se entendido que o ato de dispensa de empregado público da administração direta

172 CANOTILHO, J. J. G. Principialização da jurisprudência através da Constituição. *REPRO - Revista de Processo*. n. 98, abril/junho-2000, p.83.

173 “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”

(centralizada) ou indireta (descentralizada) não prescinde de motivação suficiente e adequada, pena de invalidade.¹⁷⁴

174- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 3ª Turma. Relator: Juiz João Oreste Dalazen. Acórdão n. 8921/90. “Despedida. Empregado de estatal. Motivação. Reintegração. 1. Empresas públicas e sociedades de economia mista submetem-se a um regime jurídico híbrido, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. Cumpre-lhes motivar o ato administrativo da despedida, precedendo-a de apuração de responsabilidade por infração disciplinar grave do empregado, em que se lhe assegure ampla defesa, sob pena de escancarar-se a porta à fraude no concurso público. 2. Nula a dispensa ‘imotivada’ de engenheiro de estatal, com largo e inatacável tempo de serviço, poucos dias depois de veicular denúncia de irregularidade em licitação para obra desnecessária superfaturada. Pedido de reintegração acolhido.”

Em idêntico sentido: decidiu a mesma 3ª Turma do TRT/9ª Região, em acórdão assim ementado:

- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 3ª Turma. Relatora: Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva. Acórdão n. 28160/95. “Despedida. Ato administrativo. Nulidade. É nulo o ato de despedida de empregado praticado pela administração indireta, cuja motivação, extrai-se das provas, distancia-se dos princípios da legalidade e moralidade. Reintegração determinada. Recurso Provido em parte.

O voto condutor do acórdão deixou consignado:

“A natureza jurídica das empresas públicas e sociedades de economia mista, como a reclamada, à face de diversas disciplinas próprias e restritivas de direitos, levam à conclusão de que se enquadram num regime jurídico híbrido. Submetem-se, ainda, ao princípio da motivação dos atos administrativos. Não há como afastar tais considerações, pois trata-se, inegavelmente, de empresas responsáveis por significativo patrimônio público”.

De igual forma:

- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 2ª Turma. Relator: Juiz Luiz Eduardo Gunther. Acórdão n. 15061/99. “Sociedade de economia mista - Necessidade de motivação do ato de dispensa. Se há necessidade de um ato administrativo para a admissão do servidor(art. 37,II, da Cf/88) a demissão também deverá ser feita nos mesmos moldes, ou seja, através de um ato administrativo, com o preenchimento de certo requisitos, em especial o da motivação

Ainda:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 3ª Turma. Relatora: Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva. Acórdão n.º 9401/98,

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 2ª Turma. Relator: Juiz Ney José de Freitas. Acórdão n.º 8767/2000.

Em outros Tribunais Regionais do Trabalho é conveniente citar:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Relator: Juiz Francisco Meton Marques de Lima. Acórdão n.º 1095/94. “A despedida imotivada ou sem prévio estabelecimento de critério objetivo de dispensa de empregado de empresa estatal encontra obstáculo nos artºs 37 e 70 da CF, em face da natureza jurídica mista dessa entidade, que, quanto aos atos de gestão, deve obediência aos princípios da legalidade, da publicidade, da impessoalidade e da moralidade, bem como ao controle de suas contas pelo TCU. A inobservância desses postulados torna o ato resilitório inexistente à mingua dos pressupostos constitucionais.

Carlos Ari Sundfeld ¹⁷⁵ refere dois julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito da interpretação do art. 173, § 1º da CF/88¹⁷⁶.

Informa, a seguir, que parte da doutrina sustentava que o alvo da norma constitucional antes citada seria proteger tais entidades das malhas burocráticas da Administração Pública. Outro segmento — em sentido diametralmente oposto — entendia que o objetivo do Constituinte seria outro, qual seja, impedir a concorrência desleal entre empresas estatais e aquelas situadas no âmbito do setor privado.

O Supremo Tribunal Federal solveu a controvérsia em duas decisões: a primeira no denominado ‘caso Telma Leite Moraes’¹⁷⁷ e a outra no caso da Companhia Docas do Rio de Janeiro.¹⁷⁸

Na mesma trilha:

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 1ª Turma. Relator: Juiz Idemar Antonio Martini. Publicado no Diário da Justiça de Santa Catarina de 10 de abril de 1995, p. 63. “O empregado público da administração indireta, assim como o servidor público celetista da administração direta que ainda não tenha adquirido estabilidade, só podem ser demitidos após regular processo de avaliação. Apesar de simplificado, esse processo deve assegurar-lhes, sempre, ampla defesa. Entendimento diverso acarretaria a inoquidade da exigência de concurso público, porquanto o administrador poderia, arbitrariamente, demitir por mera perseguição, ou por visar ao benefício de outrem que, embora tenha obtido inferior classificação. Se não é livre a admissão de pessoal pela administração direta e indireta, também não é livre a dispensa de seus servidores e empregados, os quais, não obstante a ausência de estabilidade, não podem se sujeitar à animosidade das autoridades administrativas”.

175 A submissão das empresas estatais ao direito privado: uma definição histórica do STF, *in* BDA - Boletim de Direito Administrativo. Maio de 1995: 186-90.

176 “Art. 173 (...) §1º. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.”

177 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 21.322-1-DF. Relator: Ministro Paulo Brossard, maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Publicado no Diário da Justiça da União de 23 de abril de 1993.

178 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172.816-7-RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard, maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. BDA - Boletim de Direito Administrativo, fevereiro de 1995, p.109 e ss.

A conclusão de Carlos Ari Sunfeld — pela sua precisão — merece transcrição completa:

a) A submissão das empresas estatais de intervenção no domínio econômico ao direito privado, que tem valor constitucional apenas as impede de usufruírem de prerrogativas públicas, mas não as dispensa das sujeições típicas da Administração (ex: dever de promover concurso público; b) Não tem valor constitucional a aplicação do direito privado às empresas estatais prestadoras de serviço público, as quais, estando abrangidas pelas sujeições típicas da Administração, podem também gozar de prerrogativas públicas (ex. imunidade de seus bens ao poder expropriatório). Com isso, vai, inexoravelmente, por terra, a idéia, por tanto tempo sustentada por alguns doutrinadores, de que as empresas estatais, sobretudo de intervenção econômica, por se filiarem ao regime privatista, estariam excluídas dos deveres de licitar, de promover concurso público, de motivar seus atos, de expedir certidões, ou da observância de normas legais sobre limites de despesa com folha de salários, etc.

Em outro texto, não menos interessante, a respeito da posição do Supremo Tribunal Federal no que concerne ao regime jurídico do emprego público, resumiu assim a questão:¹⁷⁹

Envolvidos na solução da espécie alguns dogmas em matéria de administração pública: a submissão dos empregados estatais ao regime privado, celetista (CF de 1969, art. 170, § 2º, CF de 1988, art. § 1º) ; o poder de o empregador despedir imotivadamente o empregado; donde a conclusão, vigorante na prática administrativa, no sentido da inexistência de limites ao poder de os dirigentes de estatais despedirem empregados da empresa.

Respondendo às indagações antes postas, o STF enunciou — é ainda Carlos Ari quem informa¹⁸⁰ — duas normas subseqüentes, uma genericamente aplicável ao direito

179 SUNDFELD, C. A . Não é livre a demissão sem justa causa do servidor celetista. BDA - Boletim de Direito Administrativo. julho de 1995. p.395.

180 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 130.206, 1ª Turma, conhecido como o *caso Copel*.

do Trabalho (portanto, independente de a relação de emprego ser com o Estado) e outra atinente ao regime de emprego público. A primeira (a conclusão refoge ao âmbito desta dissertação) é no sentido de que o exercício abusivo, pelo empregador, do poder de despedir sem justa causa o trabalhador que o serve, implica a nulidade do ato demissório. A segunda previne que é requisito de validade do ato de despedida de empregado público a existência de interesse público que o legitime. Ao proferir voto, o Ministro Celso de Mello, de forma lapidar, em certo trecho, assentou: “Em suma: no âmbito das relações de emprego entretidas pelo Estado, os limites ao poder de despedida imotivada se afirmam com mais rigor, devendo existir para assegurar que a entidade estatal atue em nome do interesse do Poder Público (é dizer: do interesse público) sem desvios e abusos”.

Sob o mesmo enfoque, decidiu o Ministro Ilmar Galvão:

“No caso dos autos, essa assertiva ainda se reforça pela circunstância de ser a recorrente sociedade de economia mista estadual e, conseqüentemente, ente integrante da Administração Pública, cujos atos, por isso mesmo, não de se orientar no sentido do atendimento do interesse público e da observância mais rigorosa dos princípios e normas que integram o sistema jurídico. Não é dado aos administradores de sociedades da espécie sobrepor os próprios interesses ou de facções que representam aos interesses da empresa e de seus empregados, principalmente ao arripio de normas constitucionais de proteção às liberdades públicas. Importa em dizer que a validade do ato de despedida de empregado público depende, em concreto, ele realizar o interesse público; em outros termos: não basta a mera vontade do administrador para validar a despedida sem justa causa”.

Observa-se, sem dificuldades, que o repertório de julgados refere-se, na sua maioria, a litígios envolvendo entidades da administração indireta do Estado.

É que prevaleceu, no âmbito da Administração direta autárquica e fundacional da União, o regime de natureza estatutária, o que, sem dúvida, empobreceu a casuística, no particular.

Mesmo assim, é possível referenciar interessante decisão da Suprema Corte no Mandado de Segurança n.º 21.485-DF, em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio¹⁸¹. Discutia-se, então, se militar do corpo feminino da Aeronáutica, com mais de oito anos de atividade pode, ou não, ter assegurada a permanência definitiva no serviço ativo, de acordo com as necessidades da força. Entendeu o Tribunal, por unanimidade, que a falta de motivação contamina o ato de ilegalidade, não produzindo, assim, repercussão no plano normativo.

Para os efeitos do tema em destaque, interessa o voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira, quando recorda precedente de sua lavra¹⁸², onde se examinou a legalidade de dispensa – sem motivação – pelo Ministério do Trabalho, de Inspetor do Trabalho, admitido pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, após concurso público e estágio previsto na disciplina do serviço.

Informa, então, que, naquela assentada, o Tribunal deferiu o mandado de segurança por entender que a dispensa de servidor público, regido pela CLT, não pode se dar da mesma forma que a dispensa do empregado pelo empregador privado. É que os atos da administração pública hão de ser sempre motivados, não podem ser sem causa. Pelo princípio da legalidade, que preside a atividade da administração pública, a

181 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. publicado na RTJ - Revista Trimestral de Jurisprudência 147/189.

182 BRASIL. Tribunal Regional Federal. Mandado de segurança n.º 83.593, de 1978. Relator: Juiz Néri da Silveira.

esta não cabe praticar atos, ainda que no exercício de poder discricionário, que impliquem expressões de arbítrio na sua atividade.¹⁸³

Aliás, a Suprema Corte caminhou para mais longe, ao julgar o recurso extraordinário n.º 187.229-PA, em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio.¹⁸⁴ Discutia-se o alcance do art. 41 da Constituição Federal de 1988 em relação a empregados regidos pela CLT.

O Tribunal entendeu que o dispositivo constitucional aplica-se, de modo geral, independentemente da natureza do regime jurídico de trabalho, em acórdão assim ementado:

183 Do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira no Mandado de Segurança n.º 83.593/78 do então Tribunal Federal de Recursos, destaco o seguinte trecho, pela importância das idéias nele veiculadas:

Nessa linha de doutrina, compreendo que há desvio de finalidade no ato da administração que, sem motivo algum legítimo, despede servidor regido pela CLT, que foi admitido, mediante concurso público, satisfazendo a todos os requisitos ao ingresso na função pública, inclusive estágio probatório ao exercício das atribuições, para, em seu lugar, outro ser contratado, existindo necessidade de prestadores de serviço e de desempenho das mesmas tarefas. Isto não significa criar uma forma nova de estabilidade funcional, mas, apenas resguardar de mero arbítrio do detentor do poder situações jurídicas constituídas legitimamente de acordo com os interesses e finalidades da administração pública, a cujo âmbito todos podem ter acesso, desde que satisfaçam os requisitos da lei. Do contrário, seria entender legítimo que a administração nova, que se venha a instalar, possa, desde logo, com imenso ônus para o erário nacional, despedir em massa, servidores contratados pelo regime da CLT, escolhidos mediante competitivo, (que, hoje, é certo, vão constituindo maior número no serviço público), para, em seu lugar, colocar outros empregados. Não se compatibilizaria essa orientação com a finalidade e os interesses da administração pública e da segurança dos que disputam perfilhar dos encargos e dos benefícios do serviço público, que não pertence a ninguém, mas pode ser exercido pelos que a tanto se habilitarem, na forma da lei. No caso concreto, portanto, não existindo qualquer motivo alegado, não tenho como legítimo à administração, tão só ao fundamento de tratar-se de servidora regida pela CLT, qual, entretanto, satisfaz a todas as exigências de ingresso, juntamente com os demais candidatos, poder dispensá-la, como o fez, com gastos desnecessários a cargo do tesouro nacional, a título de verbas de despedidas pagas ao empregado, havia pouco se empossara no emprego”.

184 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 187.229. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Publicado no Diário da Justiça da União de 14 de maio de 1999.

“ ESTABILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. A estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal independe da natureza do regime jurídico adotado. Os servidores concursados e submetidos ao regime jurídico trabalhista têm jus à estabilidade, pouco importando a opção pelo sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço”.¹⁸⁵

Fiel a este posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, inclusive, expediu Precedente Normativo, de n.º 22, com o seguinte teor: O servidor celetista da Administração direta, autárquica e fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.

Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, a conclusão é a mesma. Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, integrantes da Administração direta, autárquica ou fundacional, beneficiários do art. 41 da Constituição, portanto, detentores de estabilidade, somente podem ter os seus contratos de trabalho rompidos mediante a instauração de processo administrativo na forma da Lei n.º 9784/99, atendidos os princípios constantes do seu art. 2º, dentre os quais, sem dúvida, o da motivação do ato administrativo de dispensa, pena de invalidade.

185 O voto condutor do acórdão merece transcrição no seguinte trecho

Resta, então, indagar: estariam eles alcançados pela norma do artigo 41 da Constituição Federal em vigor? A resposta é desenganadamente positiva. O preceito em comento revela, sem distinguir o regime jurídico, serem estáveis após dois anos de efetivo exercício os servidores nomeados em virtude de concurso público. Descabe introduzir no preceito limitação que nele não se contém. O fato de a União ou mesmo Estado federado ou, ainda, município adotarem como regime o trabalhista não informa a possibilidade de despedimento à livre discricão. A Constituição Federal de 1988 abandonou o vetusto Estatuto dos Funcionários Públicos, tanto assim que não há nela referência a funcionário. A robustecer essa óptica, tem-se que veio à baila dispositivo transitório dando estabilidade aos servidores em geral, que, à época da promulgação da carta, já contavam com mais de cinco anos, muito embora sem o ingresso no serviço mediante concurso público, o que não é o caso dos autos, já que ficou assentado serem os beneficiários da decisão concursados, e, mais uma vez, não se aludiu a este ou aquele regime jurídico. A norma mostrou-se abrangente e, até mesmo, pedagógica. Ao dispor o legislador constituinte sobre as exceções, referiu-se ao afastamento da incidência apenas quanto aos ocupantes de cargos, funções e empregos (relação regida pela Consolidação) de confiança ou em comissão, bem como àqueles que viessem ocupante cargo de livre exoneração. Em síntese, sem adentrar-se à questão da necessidade de os atos da Administração Pública serem fundamentados, o que já excluiria a possibilidade de resilir-se contrato, tem-se que a Corte de origem deu fiel interpretação à norma do artigo 41 da Constituição Federal, razão pela qual não conheço deste extraordinário.

Os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista (prestadoras de serviço público ou de interferência na atividade econômica), embora não portadores de estabilidade na forma do art. 41 da CF/88, desde que admitidos por concurso, somente podem ser despedidos em face do interesse público, exigindo-se, como requisito de validade do ato administrativo de dispensa, a motivação suficiente e adequada, como tem entendido a melhor doutrina e a jurisprudência mais atualizada.

10. CONCLUSÃO

Em presença de todo o exposto, pode-se concluir:

1. No fundo, a técnica de distribuição de funções do Estado procura resolver uma questão crucial para o homem: o exercício do poder. Desta forma, o essencial na doutrina da separação de funções é dividir o poder, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos, capaz de conter os poderes e fazê-los caminhar em harmonia. Interessa — fundamentalmente — ao presente trabalho, o exercício da função administrativa, independentemente da sua fonte. Ou seja, onde se manifestar o exercício da função administrativa, haverá a incidência de um plexo normativo específico, consistente no que a doutrina denomina de regime jurídico administrativo.

2. Na atualidade surge, de modo intenso, o interesse pelos princípios jurídicos, em decorrência do esgotamento das potencialidades criadoras do positivismo jurídico e, de outra parte, pela impossibilidade de retorno ao ideário do jusnaturalismo.

A expressão princípios jurídicos é polissêmica; comporta, por este motivo, uma carga considerável de significações, o que impede a formação de consenso doutrinário a respeito do conceito do instituto em comento. É relevante a distinção que se realiza na doutrina entre princípios positivados — encontráveis, explicitamente, formulados no texto — e os denominados princípios gerais do direito — localizáveis fora do direito posto e que se acomodam no que se entende por direito pressuposto.

3. A confusão entre princípios e regras perdurou por largo tempo. Contudo, modernamente, distingue-se os conceitos acima mencionados, como imperativo de progresso da ciência do direito. O ordenamento jurídico não será, jamais, formado

exclusivamente por regras. Assim, diante da impossibilidade de solução de todos os problemas suscitados e que requerem a intervenção da ordem jurídica posta, surge a necessidade imperiosa do recurso aos chamados princípios jurídicos.

Para Dworkin as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*applicable in all or nothing fashion*), enquanto que os princípios movimentam-se na dimensão do peso ou valor. Alexy entende que o critério de *discrimen* mais utilizado repousa no alto grau de generalidade de que são portadores os princípios, enquanto que as regras a possuem em densidade diminuída.

4. A diferença mais visível, prossegue Alexy, entre princípios e regras transparece em caso de colisão. O embate entre regras dissolve-se por meio de uma cláusula de exceção que declara, pelo menos, uma das regras inválida, posto que não se concebe a validade simultânea de regras contraditórias, com fixações normativas definitivas.

No caso de colisão de princípios, entretanto, a solução ocorre na dimensão do peso, e nesse caso, um deles deve ceder passo diante do outro, no sentido de ter sua eficácia temporariamente diminuída, sem que ocorra destruição de qualquer deles.

5. Os princípios podem ser objeto de ponderação e de harmonização por conterem exigências ou *standards* que devem ser realizados, o que se faz por meio de operações de concordância prática, sem cogitar de sacrifícios unilaterais de um princípio em relação a outro.

A solução para o aparente embate entre princípios está na marca distintiva de atuarem conjugadamente, complementando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos.

Esta interação recíproca permite deslocações compreensivas, a significar que modificações no entendimento do conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro.

6. O direito administrativo, como ramo autônomo da ciência jurídica, tem objeto, método e princípios informativos próprios, suficientes e necessários para a elaboração de seus institutos a partir de categorias provenientes do direito comum que mesclados a princípios específicos, proporciona mecanismos adequados para a solução de problemas surgidos no exercício da função administrativa.

7. Por regime jurídico administrativo entende-se o conjunto de regras e princípios a que se deve subsumir a atividade administrativa no atingimento de seus fins. O aludido regime jurídico expressa-se por meio de princípios explícitos e implícitos. Alguns encontram-se expressos no texto constitucional (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade etc.) enquanto que outros residem no ordenamento jurídico. Há, quanto a estes, portanto, necessidade de desvelamento, para o efeito de aplicação no caso concreto.

8. A expressão Estado empregador abrange a administração direta e indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) prestadoras de serviços ou de interferência na atividade econômica. Incide, aqui, sem dúvida, o regime jurídico administrativo antes mencionado, com todas as suas conseqüências, aplicável, sempre, onde houver o exercício de função administrativa.

Em decorrência, não resta dúvida de que a relação jurídica que ata o empregado ao Estado é de natureza híbrida, regulada, a um só tempo, por princípios e regras constantes do texto constitucional e aplicáveis à Administração Pública (em sentido amplo), bem como pelo aparato normativo existente no âmbito do Direito do Trabalho.

9. A compatibilização da incidência de regimes jurídicos eventualmente antagônicos é possível pela aplicação de moderna vertente da hermenêutica constitucional conhecida por interpretação conforme a constituição. Parte da doutrina prefere dizer que se trata de método de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição. Conclui-se que a norma constitucional jamais pode ser interpretada isoladamente, pois, do conteúdo geral da Constituição, procedem princípios elementares que não se pode ignorar, na operação interpretativa, para que a eles se amolde a regra interpretada. Disto resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor.

10. Não há conceito de ato administrativo no plano do direito positivo. Tal fato é gerador de desentendimentos no campo doutrinário. Medram conceitos. Alguns pecam pelo excesso e outros pela escassez. Para efeito referencial, adota-se o conceito de ato administrativo como norma concreta, emanada pelo Estado ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário.

11. É preciso investigar a possibilidade de integrar o ato rescisório do contrato de trabalho de empregado público ao conceito de ato administrativo. Em primeiro lugar afirma-se que o Estado empregador jamais se equipara ao empregador comum. Vale dizer: não se despe, em momento algum, da sua condição de poder público. Este modo de observar atrai conclusão no sentido de que o ato de despedimento do empregado público é ato administrativo, absorvendo todo o aparato normativo e doutrinário criado para envolver esta espécie de ato jurídico, sob pena de desacato à lógica e, o que é mais grave, não oferecendo ao ato de despedimento uma qualificação jurídica adequada, o que não se comparece com uma visão sistemática do direito.

Em suma: o ato de despedimento que desliga do Estado o empregado regido pela Consolidação das Leis do Trabalho é ato administrativo com todas consequências geradas por esta forma de observar.

12. A idéia de motivação penetrou no direito administrativo egressa do direito processual. Em última razão, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e administrativas, numa visão moderna e atualizadora, é produto natural da afirmação de um Estado Democrático de Direito.

O administrador público, na condição de gestor da *res publicae*, não detém liberdade para agir de acordo com a sua vontade, que, aliás, é irrelevante no que atine a empregados públicos. Não há que se falar, portanto, em poder potestativo do empregador, já que tal figura somente existe (e dentro de limites razoáveis) no âmbito de aplicação da norma trabalhista em sua pureza de conteúdo, o que significa dizer que, no sítio de um regime híbrido, tal hipótese jamais ocorre. Não há espaço para uma apreciação discricionária onde se exige o dever da melhor administração.

Resulta claro, pois, e para encerrar, que o ato administrativo de despedimento do empregado público necessita — pena de invalidade — de motivação suficiente, sem que se cogite do exercício de poder potestativo e muito menos de apreciação discricionária.

BIBLIOGRAFIA

- ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970.
- _____. *Principi di diritto amministrativo*. Milão, Dott. A. Giufrè Ed., 1971.
- _____. *La revoca degli atti amministrativi*, Milão, Dott. A. Giufrè Ed. 1974.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. *Revista de processo*. 74: 21-39.
- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra, 1992.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito - introdução e teoria geral*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- ANDRADE, José Robin de. *A revogação dos atos administrativos*. Coimbra, Biblioteca Jurídica Atlântida, 1969.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

BACELLAR FILHO, Romeu. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo, Editora Max Limonad, 1998.

BACHOFF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madri, Editorial Civitas, 1985.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1989.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 1993.

_____. *Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta*. 2. Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. 2.ed. São Paulo, Malheiros, 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969, 2v.

BARBOSA, Ruy. *Anaes do Senado Federal*. Sessão de 5 a 15/jul./1891, I, Rio de Janeiro, 1891.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

____ *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996.

____ Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *BDA - Boletim de Direito Administrativo*. :156, mar., 1997.

____ Princípios constitucionais brasileiros. *RTDP*, v.1, 1993.

BASTOS, Celso. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1994.

____ *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba, Juruá Editora, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª ed. Brasília, Editora UNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. ampl. atual., São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

BORGA, Ernesto Eduardo. Ciência jurídica; aspectos de sua problemática, jusfilosófica y científico positiva actual. *Simpósio*. La Plata, Instituto de Filosofia del derecho y sociologia, I :337-369, 1970.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 21.322-1-DF. Relator: Ministro Paulo Brossard. Diário da Justiça da União de 23 de abril de 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 172.816-7-RJ. Relator Ministro Paulo Brossard. Boletim de Direito Administrativo, p.109 e ss., fevereiro de 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 21.485-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 147/189.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n.º 187.229-PA. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Publicado no Diário da Justiça da União de 14 de maio de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 130.206.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 3ª Turma. Relator: Juiz João Oreste Dalazen. Acórdão n. 8921/90.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 3ª Turma. Relatora: Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva. Acórdão n.º 28.160/95.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 3ª Turma. Relatora Wanda Santi Cardoso da Silva. Acórdão n.º 9401/98.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 2ª Turma. Relator: Juiz Luiz Eduardo Gunther. Acórdão n.º 15.961/99.,

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 2ª Turma. Relator: Juiz Ney José de Freitas. Acórdão n.º 8767/2000.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região. Relator: Juiz Francisco Meton Marques de Lima. Acórdão n.º 1.095/94.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 1ª Turma. Relator: Juiz Idemar Antonio Martini. Diário da Justiça de Santa Catarina de 10 de abril de 1995, p. 63.

BULOS Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1997.

BRANDÃO, Antonio José. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. 25:454.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

CANARIS. Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILLO J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. nova edição, Coimbra, Almedina, 1997.

___ A “Principialização” da Jurisprudência através da Constituição. *Repro- Revista de processo*. 98, abr./jun., 2000.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y language*. 3. ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.

CARVALHO, Paulo Neves. *Da revogação no direito administrativo*. Belo Horizonte, 1951, (tese xerocopiada da Biblioteca da Faculdade de Direito de Belo Horizonte)

CASSAGNE, Juan Carlos. *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.

___ *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.

CASTRO Y BRAVO, Don Federico de. *Direito Civil de España*. Madrid, Instituto de estudos políticos, 1955.

- CASTRO FILHO. Princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil. *Revista de Processo*. 70 :155-165.
- CATALDO, Paulo César. Parecer publicado no Diário da Justiça da União, 3/ ago., 1981, :14.507.
- CHIESA, Clélio. O princípio implícito da obrigatoriedade da fundamentação expressa dos atos administrativos. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, Revista dos Tribunais, :11-27, jul./set., 1994.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- COELHO, Anna Maria de Toledo. Princípios constitucionais trabalhistas. *Revista Ltr* 53 (4):439-443, abr., 1989.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria da ciência do direito*. São Paulo, Saraiva, 1.974.
- texto inédito a respeito dos Princípios Gerais de Direito. Curitiba, 2000
- COMPARATO, Flávio Konder. Ordem econômica na Constituição de 1988. *RDP*, n.93.
- DALLARI, Adilson. Estudos de Direito Público. *Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura de São Paulo*. São Paulo, 8, 1985.

____ *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DANTAS, San Thiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro, Forense, 1953.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios do direito do trabalho. *Revista LTr* 59 (04):472, abr., 1995.

DELGADO, José Augusto. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista*. Ano V, 57 :38-56, mar. 1994.

____ A supremacia dos princípios informativos do direito administrativo. Interpretação e aplicação. *RTJE*. 124 :9-28, mai./1994.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. A concessão de medida liminar em processo cautelar e o princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista Forense*. 318:101-107.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris, Fontemoing et Cie. Editeurs, 1911.

DUTRA DE ARAÚJO, Florivaldo. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 2. reimpressão Barcelona, Editora Ariel S/A, set., 1.995.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3a. ed. Lisboa, Fundação Kalouste Gulbenkian, 1964.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madri, Civitas, 1984.

___ & FERNANDEZ, Tomás Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madri, Civitas, 1990.

___ *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. 3a. ed. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1985.

ESSER, Josef. *Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961.

FEDER, João. *Estado sem Poder*. São Paulo, Max Limonad, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoria del garantismo penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Sérgio. *Princípios jurídicos: imperatividade e eficácia*. Palestra proferida no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, em 19 de novembro de 1999 (texto inédito).

____ O controle da Administração Pública na Constituição de 1.988. *Revista de Direito Administrativo*. 188, abr./jun., 1992.

____ *Curso de Direito Administrativo*, Org. Celso Antonio Bandeira de Mello, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo, Saraiva, 1997.

____ *Conceito de sistema no direito*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo, 1999, 233 páginas. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, inédita.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1.988*. São Paulo, v. 1, Editora Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos Estados e Municípios. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. 3.

____ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

FONTES, Ana Lúcia. Garantia do devido processo legal - Princípio constitucional da administração pública. *RPGE da Bahia*, 14:93-106.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1997.

____ *Princípios gerais de direito*. 2. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Introdução à teoria do órgão no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. 98.

_____. *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo, Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionabilidade vinculada aos princípios. *BDA - Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, 11, (6):324-337, jun., 1995.

_____. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 1995

GARRIDO FALLA, Fernandes. *Tratado de Derecho Administrativo*. V.II, Madri, 1982.

GOMES, José Oswaldo. *Fundamentação do acto administrativo*. Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 2a. ed. rev. atual., 1981.

GONZALES PEREZ, Jesus. *El Principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. Madri, Ed. Civitas S.A, 1983.

GORDILLO, Augustin. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Introducción al Derecho Administrativo*, v. I., Abeledo Perrot, 2. ed. Buenos Aires, 1966.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1988.

_____. *Direito, conceito e normas jurídicas*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988

_____. *Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo. Ed. Malheiros, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo, Celso Bastos Editor, 1999.

_____. Sobre os Princípios Constitucionais Gerais, Isonomia e Proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*, 719 :57-63, set., 1995.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris, 1926.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviço público*. São Paulo, Dialética, 1997.

_____. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. *Revista de Direito Tributário*, v. 67:70, Malheiros Editores.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo, Martins, 1995.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 4a.ed. Coimbra, Armênio Amado, 1976.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LECLERCQ, Claude & CHAMINADE, André. *Les principes du droit administratif*. 3. ed. Paris, Itec, 1992.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.

MAGALHÃES Juliana Neuenschwander Magalhães. O uso criativo dos Paradoxos do Direito. in: *Paradoxos da Auto Observação*. Org. Leonel Severo Rocha, p. 245-277, Curitiba, JM Editora, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

MEDAUAR, Odete. As Garantias do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa no Processo Administrativo Tributário. *Repertório IOB de jurisprudência*, (12)/1994: 238 - 2ª quinzena de junho de 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

___ & MARTINS, Ives Gandra da Silva. A superação do regime único: legitimidade da admissão de servidores públicos sob o império da Consolidação das Leis do Trabalho. *Revista LTR* 62 (11):1462, nov., 1998.

___ *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. *Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/99*. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A atuação do Estado no Domínio Econômico. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, 3:684

___ *Regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Forense, 1990.

_____. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Rio de Janeiro, 190:1-44, out./dez. 1992.

MUKAI, Toshio. O princípio da continuidade do serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 204: 103-109, abr./jun., 1996.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do direito. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, 3 :735/741, ano I, dez., 1994.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

NOVELLI, Flávio Bauer. A eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Curitiba, 60 :16-36; 61 :15/41.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. A Administração Pública na Constituição de 1988. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, n.184.

_____. Administração Pública e ato administrativo. *RTDP*, v.1, 1993.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Ley y derecho. Interpretacion e integracion de la ley*. Madri, Editorial Tecnos, 1976.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no ato administrativo*. Lisboa, Ed. Ática, 1962.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Boa fé. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v.11: 486-495, São Paulo, Saraiva, 1977.

PINTO, Bilac. *Estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro, 1953.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

RAMÓN REAL, Alberto. Os princípios gerais de direito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. 133:327-352 jul./set. 1978.

_____. Fundamentación del acto administrativo. *RDP*, n. 62, abr. /jun. 1982.

REALE, Miguel. *Estudos de direito e ciência do direito*. São Paulo, Editora Saraiva, 1978.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, Editora Saraiva, 1980.

RIBEIRO, Vinício. *O Estado de Direito e princípio da legalidade da Administração*. 2. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1981.

RIVALTA, Maria. *La motivazione degli atti amministrativi*. Milano, Giuffré, 1960.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra, Livraria Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Del Rey, Belo Horizonte, 1994.

_____. Princípios Constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 209, 1991.

ROCCO, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931.

RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. A crise e a evolução do conceito de serviço público. *Revista de Direito Público*, 57/58, jan./jun., 1981.

ROSA, Renata Porto de Adri *et al.* *Principios informadores do direito administrativo*. Org. Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo, Editora NDJ, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Principios constitucionais*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

RUPRECHT, Alfredo. *Os principios do Direito do Trabalho*. São Paulo, LTR, 1995.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madri, Civitas, 1976.

SANCHIS, Luiz Prieto. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento juridico, Cuaderno y Debates*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. São Paulo, Forense, 1979.

___ Da ordem econômica na nova Constituição. *RF*, v. 222.

SEPE, Onorato. Partecipazione e Garantismo nel Procedimento Amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano, n.2, 1992.

- SICHES, Recaséns. *Introducción al estudio del Derecho*. 5. ed. México, Ed. Porrúa S.A, 1979.
- SILVA, Almiro Couto e. Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, ano 20, v. 84, out./dez. 1987. p: 46-63.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.
- SIQUEIRA DE CASTRO, Carlos Roberto. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, legalidade e mérito*. Coimbra, 1955.
- STRECK, Lênio Luiz Streck. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A motivação do ato administrativo como garantia dos administrados, *Revista de Direito Público* n. 75 :119.
- _____. *Ato administrativo inválido*. Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo, v.18, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- TAVARES, José. *Administração Pública e direito administrativo*. Coimbra, Livraria Almedina, 1992.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

_____. A inexistência dos motivos nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 36:78.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofia Del Derecho*. México, Porrúa, 1951.

VALDÉS, Joaquim Arce y Flores Valdés. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Cuaderno Cívitas, 1990.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

VIANNA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*, São Paulo, LTr, 1996.

VITTA, Cino. *Diritto Amministrativo*, Torino, Utet, 1954.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. *Revista de processo*. 63 :54-63.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madri, Cuadernos Civitas, 1986.

WINTER, Vera Lúcia Loureiro. A boa fé no direito privado e no direito público: breve estudo comparativo e suas aplicações práticas. *ST 104*: 133-155, fev., 1998.

ZANCANER, Weida. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo, Malheiros, 1999.