



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

IANA MELO SOLANO

O SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO E A NOVA ORDEM DE
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO ESTABELECIDADA PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL 45

SOUSA - PB
2006

IANA MELO SOLANO

O SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO E A NOVA ORDEM DE
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO ESTABELECIDADA PELA
EMENDA CONSTITUCIONAL 45

Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina Grande,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharela em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA - PB
2006

IANA MELO SOLANO

O SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO E A NOVA ORDEM DE COMPETÊNCIA DA
JUSTIÇA DO TRABALHO ESTABELECIDADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 45

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em, _____

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Maria Marques Moreira Vieira
Orientador(a)

Examinador (a)

Examinador (a)

Dedico este trabalho a meus pais pelo incentivo e compreensão. Ao meu pai, meu exemplo de honestidade e dignidade. A minha mãe, meu referencial de coragem e fé, pessoa na qual me espelho em todos os meus passos. Aos meus irmãos, Paloma e Felipe, jóias preciosas que guardo dentro do meu coração. A Alessandro, que sempre se mostrou compreensivo e incentivador, principalmente com a feitura desta pesquisa, apoiando e encorajando-me de forma contínua. Aos meus amigos que me incentivaram a fazer o melhor e não desanimar. Este trabalho é, assim, dedicado a todos que amo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente a Deus, fonte de vida no âmago do meu ser.

Agradeço ainda à minha mãe que se mostrou o tempo inteiro cuidadosa com a feitura deste trabalho, sempre me incentivando.

À minha orientadora, Maria Marques Moreira Vieira (querida Gracinha), que aceitou o desafio, prontificando-se a me ajudar de forma tão salutar e aos demais mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos.

De igual modo, sou deveras grata ao Núcleo de Prática Jurídica nas pessoas de João Mendes de Melo, Núbia, Rocilda e professora Jônica que muito auxiliaram na materialização do trabalho com o apoio institucional e pelas facilidades oferecidas.

Por fim, agradeço aos amigos que direta ou indiretamente gentilmente me ajudaram, em especial a Samuel Dirceu, Thiago Marques, Thais Gurgel e Camila Pinto.

A todos que colaboraram com este trabalho meu eterno obrigada.

RESUMO

A atual reforma do Poder Judiciário conferiu maior proeminência à Justiça do Trabalho. Além de suprir algumas lacunas atinentes à competência para conflitos trabalhistas, contemplou a Justiça Obreira com um vigoroso fortalecimento institucional, mormente ao ampliar-lhe sobremodo a competência material. Com efeito, atribuiu-se à Justiça do Trabalho competência para julgar outras lides de natureza diversa, estranhas à sua clássica competência para o conflito obreiro-patronal. Conforme é objeto de abordagem no presente estudo - o anterior texto constitucional aludia a dissídios individuais e coletivos, entre trabalhadores e empregados; com a Emenda Constitucional nº. 45/2004 não se vincula mais a competência material da Justiça do Trabalho entre empregado e empregador, mas, sim, na locução "relação de trabalho", a qual é mais abrangente e genérica. Desta maneira, com a recente legislação, não apenas os conflitos oriundos das relações de emprego são da competência da Justiça do Trabalho, mas, também, as celeumas que nasçam de quaisquer relações de trabalho, tais como a relação jurídico-administrativa que liga os servidores públicos estatutários e a Administração Pública. Para tanto utiliza-se de métodos de interpretação próprios da norma constitucional em comento, como o histórico-evolutivo, o da máxima efetividade da norma constitucional entre outros. Evidencia-se no decorrer da pesquisa que existe grande divergência por parte dos doutrinadores acerca do alcance do termo. Uns atestam que a redação aprovada no Senado Federal excepcionou, da competência da Justiça do Trabalho, os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da Federação. Pacificou-se, na jurisprudência, o entendimento no sentido de que, sempre que a relação entre o agente público e a União, autarquia ou empresa pública federais for decorrente de uma relação de trabalho, as ações deverão ser aforadas perante a Justiça do Trabalho. Em contrapartida, sendo a demanda fundada numa relação regida pelo estatuto do Servidor Público (Lei 8.112/1991), competente será a Justiça Federal ou ainda a Justiça Comum, no caso se servidores estaduais ou municipais, sendo, portanto, incontestado que entre o servidor e a Administração Pública forma-se uma relação de trabalho em sentido amplo, embora de natureza jurídica distinta da contratual trabalhista, por isso outorgar à Justiça do Trabalho competência para dirimir conflitos decorrentes de direitos de servidores públicos estatutários, não regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, seria referendar um retrocesso político do que se vem implantando no Poder Judiciário nos últimos tempos em relação à especialização de juízos. Em posicionamento diverso, outros estudiosos reforçam que a expansão da competência da Justiça do Trabalho depende dos fatores políticos, materiais e da sociedade em conviver com a nova realidade, sendo que os litígios que envolvam servidores públicos estatutários não são em si mesmo, incompatíveis ou repugnáveis, representando apenas uma decisão política. Por fim, evidencia-se que serão os Tribunais superiores que darão o ponto final na discussão acerca da competência para julgar os servidores públicos estatutários.

Palavras-chaves: Justiça do Trabalho. Competência material. Servidor estatutário. Emenda 45. Relação de trabalho.

ABSTRACT

The current reform of the Judiciary Power conferred greater prominence to the Justice of the Work. Besides supplying some relative gaps to the ability for working conflicts, it contemplated Justice Worker with a vigorous institutional force, mainly when extending to it excessively the material ability. With effect, the Justice of the Work was attributed to it ability to judge others deals of diverse nature, strangers to its classic ability for the worker-patrimonial conflict. As it will be object of boarding in the present study - the previous constitutional text alluded the agreements individual and collective, between workers and used; with the Constitutional Emendation n^o. 45/2004 do not associate more the material ability of the Justice of the Work between used and employer, but, yes, in the locution "work relation", which is more including and generic. In this way, with the recent legislation, not only the deriving conflicts of the employment relationships are of the ability of the Justice of the Work, but, also, the divergences that are born of any relations of work, such as the legal-administrative relation that binds the statutory public servers and the Public Administration. For in such a way it was used of proper methods of interpretation of the constitutional rules in comment, as of the historical evolution, of the maximum effectiveness of the constitutional rules among others. It was proven in elapsing of the research that exists great divergence on the part of the scholars concerning the reach of the term. Some certify that the writing approved in the Federal Senate excepted, of the ability of the Justice of the Work, the occupying servers of positions created by law, of effective provisions or in commission, enclosed the autarchies and public foundations of the related beings of the Federacy. It was pacified, in the jurisprudence, the agreement in the direction of that, always that the relation between the public agent and the federal Union, autarchy or public company will be decurrent of a work relation, the actions will have to be measured before the Justice of the Work. On the other hand, being the demand established in a relation conducted for the statute of the Public Server (Law 8,112/1991), competent it will be Federal Justice or still Common, in the case if serving state or municipal, being, therefore, uncosteded Justice that it enters the server and the Public Administration forms a relation of work in ample direction, even so of distinct legal nature of the contractual member of labor party, therefore to grant to the Justice of the Work ability to nullify decurrent conflicts of rights of statutory public servers, not prevailed for Consolidation of the Laws of the Work, would be to authenticate a retrocession politician of that if it comes implanting in the Judiciary Power in the last times in relation the specialization of judgments. In diverse positioning, other scholars strengthen that the expansion of the ability of the Justice of the Work depends on the factors politicians, materials and of the society in coexisting the new reality, being that the litigations that statutory public servers involve are not in same itself, incompatible or disliked, representing only one decision politics. Finally, he proved himself that they will be the superior Courts who will give the end point in the quarrel concerning the ability to judge the statutory public servers.

Keywords: Justice of the Work. Material ability. Statutory server. Emendation n^o 45/04. Relation of work.

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| | |
| CAPÍTULO 1 REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO | 14 |
| | |
| 1.1 Administração pública | 14 |
| 1.2 Organização administrativa | 16 |
| 1.2.1 Agentes administrativos | 21 |
| 1.2.1.1 Servidores estatutários | 22 |
| 1.2.1.2 Empregados públicos | 23 |
| 1.2.1.3 Servidores temporários | 24 |
| 1.3 Regime jurídico | 25 |
| 1.3.1 A introdução do regime unicista no Brasil | 25 |
| 1.3.2 O fim do regime unicista | 27 |
| 1.3.3 Teorias sobre a natureza do vínculo servidor-Estado | 28 |
| 1.3.4 Teorias sobre a natureza do vínculo empregado-empregador | 29 |
| 1.3.5 Crítica ao modelo unilateral estatutário | 31 |
| 1.4 Competência jurisdicional dos dissídios individuais no setor público | 34 |
| | |
| CAPÍTULO 2 O TERMO RELAÇÃO DE TRABALHO NA NOVA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO | 36 |
| | |
| 2.1 Jurisdição e competência | 37 |
| 2.2 Nova competência material da Justiça Laboral | 39 |
| 2.3 O alcance da expressão relação de trabalho | 42 |
| 2.4 Principais interpretações dos termos relação de trabalho e relação de emprego | 44 |
| 2.4.1 Relação de emprego | 44 |
| 2.4.1.1 Pessoaalidade | 46 |
| 2.4.1.2 Continuidade | 46 |
| 2.4.1.3 Subordinação | 46 |
| 2.4.1.4 Onerosidade | 47 |
| 2.4.1.5 Alteridade | 47 |
| 2.4.2 Relação de trabalho | 47 |
| 2.5 Correntes doutrinárias que discutem o alcance da expressão relação de trabalho | 49 |
| 2.5.1 Restritiva ou fechada | 50 |
| 2.5.2 Ampliativa ou aberta | 51 |
| 2.5.3 Intermediária | 51 |
| 2.5.4 A que considera a dependência econômica do prestador de serviços em relação ao tomador | 52 |
| 2.5.5 A relação de trabalho como relação de trato sucessivo | 53 |
| | |
| CAPÍTULO 3 DIVEGÊNCIA SOBRE A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS | |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------|----|
| LIDES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS: JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM | 55 |
| 3.1 Relação de trabalho e o servidor estatutário | 55 |
| 3.2 Posicionamentos contrários | 57 |
| 3.3 Posicionamentos favoráveis | 60 |
| 3.4 Entendimento jurisprudencial atual | 63 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 74 |
| REFERÊNCIAS | 81 |

INTRODUÇÃO

A recente publicação da EC (Emenda Constitucional) n.º 45, que implantou a primeira etapa da reforma do Poder Judiciário constituiu um formidável avanço, não obstante se ressinta ainda de imperfeições. Além de suprir algumas graves lacunas atinentes à competência para conflitos trabalhistas típicos, contemplou a Justiça do Trabalho com um vigoroso e alentador fortalecimento institucional, mormente ao ampliar-lhe consideravelmente a competência material.

A Emenda Constitucional em comento inovou significativamente na disciplina constitucional da competência material da Justiça do Trabalho, seja mediante um inédito detalhamento, decerto visando a evitar ao máximo os indesejáveis conflitos e exceções de competência; seja atribuindo-lhe competência para julgar outras lides de natureza diversa, absolutamente estranhas à sua clássica competência para o conflito obreiro-patronal.

O cerne da questão consiste, pois, em saber se o termo relação de trabalho no novo texto constitucional se restringe apenas à relação de emprego. Demonstrar-se-á neste trabalho, baseando-se nos mais pertinentes e abalizados escólios dos estudiosos deste ramo, que para efeito de ditar competência material da Justiça do Trabalho, a locução relação jurídica de trabalho é utilizada com alcance mais abrangente que relação jurídica de emprego.

Em essência, a nova redação emprestada pela EC n.º 45/2004 ao artigo 114 da CF (Constituição Federal) convolou a Justiça do Trabalho no juízo natural para o qual devem convergir todos os conflitos decorrentes do trabalho pessoal prestado a outrem.

No tocante ao trabalho humano, seja subordinado, seja autônomo, este se acha relacionado de diferentes modos, visto que notoriamente pode ser objeto de distintas relações jurídicas, contratuais, ou não, entre as quais, a relação jurídica estatutária entre o servidor público e o Estado. Objetivar-se-á neste trabalho fazer apontamentos sobre essa relação

jurídico-administrativa, obviamente, em decorrência da amplitude, sem pretensão de esgotamento do assunto.

O tema do presente trabalho de conclusão de curso foi escolhido em decorrência da relevância do trabalho humano, considerado em sentido lato, como instrumento de realização e efetivação da justiça social.

A Constituição Federal é um marco instrumental de mudança de paradigma social porque adota valores que norteiam toda a interpretação das leis e imprime ao aplicador do direito uma nova tônica. Esta tônica é voltada para a satisfação dos interesses garantidos nos preceitos constitucionais, conferindo-lhes o valor axiológico e pragmático concretos, de modo a favorecer que os direitos se efetivem.

No próprio artigo 1º da Constituição Federal encontra-se a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos de construção da sociedade brasileira, inserta no Estado Democrático de Direito.

Na busca de respostas para as inquietações levantadas como problemática da pesquisa utilizar-se-á de métodos interpretativos próprios da norma constitucional, como é a norma em estudo, como o método da máxima efetividade constitucional e da força normativa da Constituição, além dos consagrados métodos de desenvolvimento interpretativo, como o histórico, o sistemático, e o evolutivo. Mas, é na colheita bibliográfica que repousará a forma preponderante de perquirição da temática levantada utilizando-se de doutrinas consagradas sobre competência trabalhista, bem como compêndios administrativos informadores do regime jurídico dos servidores públicos.

No discorrer do assunto, far-se-á uma construção gradativa de conhecimentos para só então analisarmos a problemática da competência para julgamento das lides jurídico-administrativas. Começar-se-á investigando o conceito de servidor público estatutário, identificando no bojo da Administração Pública. Em seguida será estudado o alcance do

termo relação de trabalho na nova competência material da Justiça do Trabalho, tudo com fulcro de abalizar-se a discussão central deste trabalho: se a expressão “relação de trabalho” que substitui a expressão “entre trabalhadores e empregadores” inserta no artigo 114 da Constituição Federal de 1988, abarca relações híbridas, tais como a relação do servidor público estatutário e a Administração Pública.

Assim, o primeiro capítulo falará sobre os regimes jurídicos dos servidores públicos (estatutário, celetista e especial), como o conflito de direitos e deveres a que o agente se submete ao concretizar-se o vínculo que o liga à entidade subordinante. Classificar-se-á os servidores públicos e serão especificados os agentes administrativos, dando-se ênfase ao servidor estatutário.

Procurar-se-á de forma tópica apresentar as teorias sobre a natureza do vínculo servidor-Estado fazendo um paralelo sobre a natureza do vínculo empregado-empregador, considerando-se que ambos os vínculos são espécies do gênero relação de trabalho. Por fim, ressaltar-se-á a competência jurisdicional dos dissídios individuais no setor público.

No segundo capítulo será esboçado como o termo relação de trabalho deve ser interpretado no bojo do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal após as modificações implementadas pela emenda 45. Para tanto, serão estudadas as principais interpretações dos termos relação de trabalho e relação de emprego, bem como os elementos que os compõem e as teorias que discutem o alcance da expressão relação de trabalho no ordenamento jurídico.

Analisar-se-á em particular, a disposição estabelecida no inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, que inclui na competência material atribuída à Justiça do Trabalho, as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É justamente essa disposição que encerra, no que respeita à Justiça do Trabalho a

alteração mais significativa e que ensejará partes significativas dos debates, porque torna regra situações admitidas como exceção.

Será visto que a regra até então correspondia às ações decorrentes da relação de emprego (espécie de relação de direito material da qual a relação de trabalho é gênero) – e, ainda assim, por força da expressão que se extrai da redação anteriormente inscrita no *caput* do artigo 114 da Carta Magna, que, em realidade, fixava a competência não propriamente em razão da matéria, mas sim em razão dos sujeitos integrantes da relação jurídica processual (trabalhadores e empregadores) agora corresponde às ações resultantes da relação de trabalho.

No terceiro capítulo será levantada uma das hipóteses que desafia os intérpretes da norma contida no inciso I do art.114 da CF, qual seja, a competência para julgar os conflitos entre os servidores estatutários e a Administração Pública. Vislumbrar-se-á as mais insígnis opiniões dos estudiosos deste tema acerca da inclusão ou não do julgamento dos conflitos jurídico-administrativos na competência da Justiça Laboral, bem como o posicionamento da própria Justiça do Trabalho e do STF (Supremo Tribunal Federal).

Far-se-á, ainda, uma profunda análise de como a redação do inciso I do art.114 foi apresentada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, ressaltando a impetração da ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n.º 3395 no Excelso Pretório a respeito do vícios de constitucionalidade levantados, bem como a opinião daqueles que seguem o entendimento do STF e os que negam fundamento às razões da liminar proferida por esta Corte Suprema, entendendo pela ampliação da competência da Justiça do Trabalho para absorver as lides jurídico-administrativas.

Cumprе apenas ressalvar que conquanto de cunho precipuamente interpretativo, a pesquisa que se inicia é questionada no âmbito da doutrina processual trabalhista como a maior revolução porque passa a Justiça do Trabalho deste o surgimento desta como órgão

autônomo do judiciário a partir da Constituição de 1946, eis que dependendo da interpretação que seja adotada modificar-se-á significativamente o foco da jurisdição trabalhista.

CAPÍTULO 1 REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO

Antes de adentrar no estudo específico sobre a competência para julgar os litígios entre os servidores públicos estatutários e o Estado, cumpre investigar a localização exata dos servidores públicos, genericamente falando, no bojo da Administração Pública. Dentro de uma ótica geral, analisar-se-á o contexto dos regimes jurídicos que vinculam os agentes administrativos à entidade subordinante, dando prioridade ao regime do servidor público estatutário, objeto de maior importância deste trabalho.

Serão abordadas, ainda, as teorias mais relevantes que explicam a natureza do vínculo entre o servidor-Estado, comparando-as com as teorias que tratam do vínculo entre empregado-empregador. Tudo com o fulcro de cotejar estas duas espécies de servidores públicos (em sentido lato), para aprimorar a discussão acerca da competência jurisdicional dos dissídios individuais no setor público. O fundamento do estudo desenvolvido neste capítulo é o de que não se pode adentrar uma pesquisa sem antes oferecer considerações gerais do tema que será abordado.

1.1 Administração pública

O estudo da Administração Pública, compreendendo sua estrutura e atividades, deve ter como referência o conceito de Estado, já que sobre este repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados.

A idéia de Estado varia conforme o prisma que se queira focar. Todavia, a mais didática, entre elas, parece ser a que o define como nação politicamente organizada. Ou de maneira mais completa, como ilustra Lopes (1993, p. 19): “É o Estado, assim, sociedade

política estruturada a partir do Direito, que tem como fonte primária normativa um documento resultante do pacto social, que é a Constituição”.

Substituída a concepção de Estado-polícia pela de Estado de direito, em consequência da sua submissão à legalidade, dividiram-se os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que a moderna doutrina constitucional prefere denominar de funções. Neste ponto cabe destacar que trataremos mais especificamente sobre o poder Executivo, já que a administração, na prestação dos serviços públicos, tem por excelência a função executiva.

Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. O texto constitucional utiliza a expressão Administração Pública com dois sentidos, um objetivo e outro subjetivo.

No primeiro caso, sentido objetivo, a expressão Administração Pública é empregada como a própria atividade administrativa, como gestão do interesse público (função administrativa) executado pelo Estado, predominantemente, pelo Poder Executivo. Possui as seguintes características: atividade concreta (execução da vontade do Estado prevista em lei); satisfação direta e imediata dos fins do Estado; regime jurídico de direito público.

No sentido subjetivo, a expressão é utilizada como o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que têm a incumbência de executar as atividades administrativas. Neste trabalho, tem-se como referência o sujeito da função administrativa.

Como menciona Pietro (2003, p. 49):

[...] há outra distinção apontada pela doutrina, a partir da idéia de que administrar compreende planejar e executar: a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém, objetivamente considerada, a administração pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa; b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função

administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.

Diante disso, deduz-se que a insigne doutrinadora interpreta a expressão Administração Pública em seus sentidos subjetivo e objetivo. Segundo a professora, o termo designa, sob aquele primeiro aspecto, os entes que exercem a atividade administrativa, compreendidos nestes as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos, e, sob aquele segundo aspecto, a natureza da atividade exercida por aqueles entes, portanto a própria função administrativa.

1.2 Organização administrativa

O Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, agindo direta ou indiretamente. O Dec-lei n. 200/67 classificou a Administração federal em direta e indireta, além de indicar seus componentes. Classificação que, apesar das críticas, acabou sendo incorporada pela doutrina brasileira e recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme dispõe o seu artigo 37.

Na verdade, a atuação do Estado não se restringe aos serviços públicos, muitas vezes, pelos mais diversos motivos, atua no âmbito de atividades reservadas essencialmente a iniciativas privadas. Trata-se de atividade de intervenção, que compreende, além da regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada, também a atuação direta no domínio econômico, o que se dá por meio de empresas estatais.

De qualquer forma, pelo Dec-lei n. 200/67, diz-se Administração direta como o conjunto de órgãos que integram os Entes federativos, com competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. Segundo Motta (2001, p. 134):

A Administração direta é composta pelos órgãos que integram as pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com funções públicas administrativas outorgadas por lei (art.4º, inciso I do

Decreto-Lei n. 200, de 25/2/67, com redação dada pela Lei n.7.596, de 10/4/87, arts.15 e 29 da Lei n. 8.490/92: Administração direta: serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios).

A Administração indireta, por sua vez, representa o conjunto das entidades que, ligadas à Administração Direta, prestam serviços públicos ou de interesse público. Resulta daí que a Administração Indireta é o próprio Estado executando algumas de suas funções de forma descentralizada.

Compõem a Administração indireta, no direito positivo brasileiro: autarquias, fundações instituídas pelo poder público, empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 4º, Dec-lei n. 200/67, com alteração da Lei n. 7.596/87). Devem-se incluir, ainda, nessa classificação, os serviços delegados a particulares (concessionários permissionários e autorizatários), que não estando integrados na Administração Indireta prestam serviços das entidades da Administração Direta e Indireta de forma descentralizada.

Neste diapasão, convém ressaltar os entes paraestatais que não compõem a administração direta nem a indireta (serviços sociais autônomos, organização da sociedade civil de interesse público e outros).

Partindo do pressuposto do que seria o Direito Administrativo, Meirelles (2003, p. 24) assim o conceitua: “É o conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo estado”.

Cumpre-se a partir de então, discorrer a respeito do que seriam esses órgãos e agentes atrelados à administração.

Segundo Bandeira de Mello (2001, p. 84-85):

Os órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem; são as unidades diferentes entre as quais o Estado reparte os encargos de sua alçada, cada qual dessas

unidades representativas de uma parcela de atribuições quanto aos assuntos que lhes são afetos.

Justamente por se caracterizar como unidades abstratas, os órgãos necessitam contar com o elemento humano, cuja vontade lhes dar dinamismo, por meio de seus prepostos, na qualidade de agentes públicos, ocupantes de cargos públicos, no desempenho de funções públicas.

A despeito do esforço de desenvolvimento de teorias várias para definir a natureza dos órgãos, a doutrina prevalente, conforme notícia Di Pietro (2001), é a que entende o órgão como mero feixe de atribuições, inconfundível com os agentes. Hely Lopes Meirelles (2003) destaca que as muitas classificações elaboradas para os órgãos públicos são em sua grande maioria destituídas de propósito prático, limitando-se por isso, o autor, a agrupá-los simplesmente em razão de sua posição estatal, estrutura e atuação funcional. Com esta ressalva, ele define o que sejam órgãos independentes, autônomos, superiores e subalternos, conforme seguinte síntese:

Órgãos independentes, ou primários de Estado: representativos dos Poderes do Estado (Legislativo Judiciário e Executivo); emanam da própria Constituição Federal.

[...]

Órgãos autônomos: situam-se na cúpula da Administração, abaixo dos órgãos independentes, e subordinados a seus membros. Possuem autonomia ampla; são órgãos diretivos, que desempenham funções de coordenação, planejamento, fiscalização e supervisão das matérias afetas a sua esfera de competência.

[...]

Órgãos superiores: possuem poder de direção, controle, decisão e comando das matérias afetas a sua competência, geralmente de cunho técnico, subordinados e controlados por hierarquia a uma chefia superior; destituídos de autonomia administrativa e financeira.

[...]

Órgãos subalternos: exercem função de execução do planejamento técnico e administrativo oriundo dos órgãos superiores, estando sempre em posição hierarquicamente inferior, com ampla limitação de poder decisório.

O mesmo autor classifica ainda os órgãos como simples ou unitários (constituídos por apenas um centro de atribuições, sem demais subdivisões em seu interior) e compostos (constituídos por vários outros órgãos); singulares ou unipessoais (integrados por apenas um agente) e colegiados (integrados por vários agentes).

Apreciados os órgãos públicos como centros de competência, aptos à realização das funções do Estado, será visto, agora, as pessoas físicas que atuam como seus agentes, com parcelas de seu poder.

O Estado, para manifestar sua vontade, atribui a determinadas pessoas, selecionadas por critérios administrativos, políticos ou cívicos, competência para agir em seu nome. São, assim, agentes públicos, as pessoas que, de alguma forma recebem a incumbência de atuar em nome do Estado, não só no desempenho da função administrativa, mas também no desempenho das demais funções.

Segundo Brandão (2004, p. 16):

O conceito de agente público não se confunde com a noção de servidores públicos. A complexidade da atividade estatal fez com que pessoas, mesmo sem vínculo profissional com o Poder Público, recebessem a incumbência de atuar em nome do Estado. O conceito de agente público é amplo, alcançando todas as pessoas que recebem atribuição pra atuar em nome do Estado, independentemente da natureza do vínculo.

A classificação mais importante dos agentes públicos decorre da natureza do vínculo existente entre eles e o Estado. Dentro de tal contexto, a doutrina solidificou a classificação que aponta a existência de agentes políticos, honoríficos, delegados e administrativos.

Os agentes políticos são os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.

Segundo Meirelles (2003, p. 77):

Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e Município); os membros das Corporações

Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores), os membros do Poder Judiciário (magistrados em geral); os membros do Ministério Público; os membros do Tribunal de Contas; os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Os agentes políticos não estão sujeitos as mesmas normas dos servidores públicos.

Veja-se jurisprudência que se adequa ao caso:

Agente político. Relação de emprego. O exercente de cargo público como secretário municipal, por designação para exercício de atribuições constitucionais atinentes a organização do governo e administração pública, como auxiliar do chefe do executivo do município se enquadra na categoria de agente político, não se sujeitando as normas pertinentes aos empregados ou servidores públicos (TRT – 3ª R. – 2ª T. – RO. n. 21996/97 – Rel. Júlio Bernardo do Carmo – DJMG 21.08.98).

Os agentes honoríficos são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente sem remuneração. Segundo Meirelles (2003, p. 79):

Tais serviços constituem o chamado *mínus público*, ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza.

Os agentes delegados são particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta em risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação de alguma atividade estatal ou serviços de interesse coletivo.

Finalizando esta classificação dos agentes públicos, vislumbrar-se-á o objeto principal deste estudo, de forma ampla, qual seja, os agentes administrativos, o qual será estudado em tópico à parte, que segue abaixo, pela relevância do assunto para este trabalho.

1.2.1 Agentes administrativos

Os agentes administrativos são as pessoas que se vinculam profissionalmente ao Estado. Atualmente, com o fim da obrigatoriedade constitucional de manutenção do regime jurídico único no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional, convivem duas espécies de vínculo, unindo os agentes administrativos e o Estado. O vínculo legal, também denominado estatutário, em que o ocupante de cargo público (servidor público) tem suas relações profissionais com o Estado regidas por lei, e o vínculo contratual, em que as relações jurídicas entre o empregado público e o Estado são disciplinadas por contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Na categoria de agentes administrativos, devem ser incluídos também os contratados de forma temporária, na forma do art. 37, IX, da Constituição Federal. Apesar da natureza temporária, a contratação tem como fundamento a prestação remunerada de serviço, fato suficiente para que eles sejam considerados agentes administrativos, como os servidores e empregados públicos. Segundo Oliveira (2004, p.19):

Não há necessidade de criar-se categoria própria pra designar os agentes que de forma temporária, são contratados pelo Estado nas situações previstas em lei, sendo mais lógico abrigá-los na categoria dos agentes administrativos.

Servidores públicos, em sentido amplo, são todos os que prestam serviços ao Estado, incluindo a Administração indireta, tendo vínculo empregatício e sendo pagos pelos cofres públicos. Nessa classificação estão tanto os servidores estatutários, sujeitos ao regime legal,

quanto aos empregados públicos, do regime contratual, além dos temporários, nos termos do art.37, IX, da CF/88.

1.2.1.1 Servidores estatutários

Os servidores estatutários, também chamados de funcionários públicos (como na CF/67), são os titulares de cargos públicos e estão sujeitos ao regime legal, ou estatutário, pois é lei de cada ente da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) que estabelece as regras de relacionamento entre os servidores e a Administração Pública.

Tais regras podem ser alteradas unilateralmente, mas com respeito aos direitos já adquiridos. Esse regime é destinado, preferencialmente, às funções públicas que exigem do agente poderes próprios de Estado (art. 247 da CF/88), conferindo-lhe prerrogativas especiais, como a estabilidade. No plano federal, o Estatuto dos Servidores Civis da União, Autarquias e Fundações Públicas é a Lei nº 8.112/90, com alterações posteriores determinadas especialmente pela Lei nº 9.527/97.

A relação entre o servidor estatutário e a Administração Pública é de natureza institucional, pois a manifestação de vontade limita-se ao nascimento do vínculo, sendo que a sua continuidade não decorre da vontade das partes, mas sim da lei. Além de tratar-se de um regime de natureza institucional, pode-se apontar outra característica, qual seja, cada Ente da Federação possui o seu sistema de normas.

A possibilidade de instituição de regime próprio por cada um dos Entes da Federação decorre da sua organização governamental autônoma (arts. 1º, 18 e seguintes da CF), observados os preceitos e os princípios constitucionais, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CF).

1.2.1.2 Empregados públicos

O empregado público, também denominado de servidor público trabalhista, é aquele que presta serviço para Administração Pública e é regido pelo regime trabalhista previsto na legislação federal (CLT e outras normas), ou seja, o mesmo da iniciativa privada, com algumas limitações impostas pelo Direito Público.

A Administração Pública direta e indireta (fundações de direito público e autarquias) podem ou não adotar o regime trabalhista para a contratação de pessoal, sendo que as fundações de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista e as suas subsidiárias estão atreladas obrigatoriamente a esse regime (art. 173, CF). O que também ocorre com os empregados das pessoas de cooperação governamental.

Com a Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, a União abandonou parcialmente o regime administrativo da Lei n. 8.112/90 para as novas contratações, passando a prevê a admissão de pessoal como empregado público, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos na forma da legislação especial, com vedação expressa apenas para os cargos de provimento em comissão.

Regime trabalhista é o modo pelo qual se estabelecem as relações jurídicas entre os empregados públicos e a Administração Pública, quando disciplinadas pela Consolidação das Leis do Trabalho e outras normas.

Neste regime, o vínculo empregatício é de natureza contratual, comum, equiparando-se a Administração ao empregador particular, sem quaisquer prerrogativas especiais.

Neste sentido, Carrion (2004, p. 84) comenta:

Os empregados públicos mantêm com qualquer entidade estatal relação de emprego disciplinada pelo Direito do Trabalho, materializado na CLT e nas demais normas laborais da atividade privada; seus princípios são os de direito privado, de índole contratual, apesar do grande volume de normas cogentes.

Em outras palavras, a autoridade pública, ao contratar empregados, abdica do seu poder de império e o seu relacionamento passa a ser contratual de empregado e empregador. Não de autoridade e cidadão. Com vinculação em contrato deixa de existir a autoridade no sentido que lhe empresta a lei. Assim, assume a Administração Pública o papel do empregador descrito no art. 2º, *caput*, CLT, ou do empregador por equiparação (art. 2º, § 1º), nas hipóteses em que não há o risco empresarial, não lhe sendo aplicado o previsto no art. 7º, alíneas *c* e *d*, da CLT.

Contudo, mesmo nas contratações pelo regime trabalhista, impõe-se à relação jurídica de trabalho preceitos de Direito Público, como por exemplo, exigência de aprovação em concurso público; vedação de acumulação de cargos e empregos, inúmeros limites legais para a remuneração, dentre outros.

1.2.1.3 Servidores temporários

Por fim, os denominados servidores temporários, que são contratados por tempo determinado, com a finalidade de atender necessidade temporária de excepcional interesse público prevista em lei (art. 37, IX, CF).

Oliveira (2004) aponta como características essenciais e imprescindíveis da contratação em caráter temporário do agente público: o tempo determinado, a necessidade temporária, o interesse público e o caráter excepcional do interesse público.

Uma outra posição, defendida também por Pietro (2001), considera que eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público, assim tais servidores são contratados para exercer funções temporárias, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada entidade da federação.

1.3 Regime jurídico

Regime jurídico é o conjunto de normas que disciplinam determinada relação jurídica. É o conjunto de direitos e deveres a que o agente se submete ao concretizar-se o vínculo que o liga à entidade subordinante. O *vinculum juris* é ou eminentemente estatutário, ou predominantemente trabalhista, havendo, em alguns casos, uma posição híbrida (administrativo especial).

Inúmeras discussões nasceram ao redor do tema e sem um consenso entre os doutrinadores, a obrigatoriedade de implantação do regime jurídico único deixou de existir com a Emenda constitucional n. 19/98, como se verá adiante.

1.3.1 A introdução do regime unicista no Brasil

O Brasil, no ano de 1988, vive um grande momento em sua história, pois vê a consolidação de um sonho, qual seja, a implantação de um regime de total cunho democrático disposto na nossa Carta Magna, qual seja, a instituição de um regime jurídico único para os servidores civis da Administração direta, autárquica e fundacional. Com tal exigência, cada ente estatal deveria elaborar uma única lei, disciplinando suas relações com os servidores públicos.

Na parte concernente à Administração, ocorrem várias mudanças e, no que cabe ao tema em estudo, verifica o legislador que, mesmo diante de vedação de instituição de vários regimes jurídicos, já contida em texto anterior à Constituição de 1988, de fato, o que estava acontecendo na Administração Pública, era um grande emaranhado de regimes jurídicos que regiam os servidores, situação esta existente até dentro de um mesmo órgão, onde alguns servidores eram regidos pelo Estatuto dos Servidores, outros pela Consolidação das Leis

Trabalhistas e, ainda, outros, eram contratados por grandes prazos, se esquivando, assim, do concurso público, havendo indefinição quanto aos direitos de cada classe.

Para um melhor entendimento da matéria, faz-se necessária a transcrição do art. 39 da Constituição de 1988, como disposto antes de qualquer alteração efetivada pelas emendas constitucionais que se seguiram:

Art. 39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e plano de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

O legislador deixa claro em tal artigo a imposição de um regime jurídico único para todos os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional pública, determinando que cada uma destas pessoas jurídicas institua, em suas competências, um sistema jurídico único com um plano de cargos e carreiras correspondente.

É importante, desde já, deixar claro, que o retro mencionado regime jurídico não vinculou as sociedades de economia mista e as empresas públicas, as quais, por determinação do artigo 173 da Constituição, regulam seus empregados públicos através do regime celetista (regime regulado pela Consolidação das Leis Trabalhistas).

Importante trazer à colação a lição do mestre Bandeira de Melo (2001, p.208):

[...] é claro que o regime dos servidores de sociedades de economia mista, de empresas públicas e de fundações de direito privado acaso instituídas pelo Poder Público, será necessariamente o regime trabalhista e jamais o estatutário. Por serem de pessoas de direito privado, nelas não há cargos públicos, mas apenas empregos. O regime estatutário só se aplica a ocupantes de cargos públicos. Além disto, no que concerne às referidas entidades estatais que sejam exploradoras de atividades econômicas, existe expressa disposição constitucional estabelecendo regime trabalhista para os seus servidores.

O sistema jurídico único também foi introduzido para diferenciar o tratamento dado aos servidores públicos do conferido aos demais trabalhadores, isto, em virtude das atividades desenvolvidas pelos mesmos, pois, saliente-se que a relação entre o servidor público e o Estado é oriunda da Constituição Federal, o que diferencia esta classe dos demais

trabalhadores, uma vez que são ditadas aos mesmos, normas próprias, conforme se vê do disposto nos artigos 37 e seguintes do nosso atual texto legal, onde a Carta Magna dedica atenção ao tratamento de normas aplicáveis à Administração Pública, englobando assim, os preceitos endereçados aos seus componentes, sendo relação de ordem pública.

Faz-se necessário frisar que por meio deste regime, o Estado procurou também apor um controle bem mais eficaz sobre seus funcionários, pois é óbvio que existindo apenas uma forma de tratamento para todos os componentes dos órgãos públicos, tornar-se-ia bem mais fácil impor regras uniformes, como também conferir direitos.

1.3.2 O fim do regime unicista

Como princípio básico conhecido nos cursos de direito, tem-se a mutabilidade do direito, em prol do acompanhamento das várias facetas da sociedade, com seus avanços e novos comportamentos humanos.

Os mais recentes governos nacionais vêm implementando diversas mudanças no texto magno, através das Emendas Constitucionais. Dentre estas, é base deste trabalho a Emenda Constitucional nº 19, que acrescentou várias novidades na Administração Pública, com o intuito de modernizar o serviço estatal, tendo em vista a necessidade do acompanhamento frente às mudanças sociais que vêm ocorrendo em nosso país.

Em particular para este trabalho, é importante salientar a modificação implantada na redação do artigo 39, *caput*, da Magna Carta Brasileira, com a supressão da obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único pelos órgãos da Administração Pública.

Sobre este assunto, discorre brilhantemente o professor Meirelles (2003, p. 393):

Em consequência, em razão de suas autonomias políticas, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem estabelecer regime jurídico não contratual para os titulares de cargo público, sempre através de lei geral ou de leis específicas para determinadas categorias profissionais, as quais consubstanciam o chamado regime estatutário regular, geral ou

peculiar. Podem, ainda, adotar parte de seus servidores o regime da CLT. Por fim, devem adotar uma de natureza administrativa especial, na forma de lei de cada pessoa política, prevista pelo art. 37, IX, da CF, para a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Sendo assim, o legislador deverá adotar cautela extrema na elaboração desses regimes jurídicos diferenciados, uma vez que no passado tal aspecto gerou e ainda gera inúmeras disputas judiciais, que, além da insegurança jurídica para a própria pessoa política, acabam causando desvantagens muitas vezes por ela não pretendidas.

Depois da promulgação da retro mencionada emenda, foi alterada no texto constitucional a obrigatoriedade de instituição do regime jurídico único para os servidores componentes da Administração Direta, autárquica e fundacional pela necessidade de instituição de conselhos de política de administração e remuneração de pessoal, integrados por servidores designados pelos respectivos poderes.

Diante de tal modificação, a doutrina se enveredou pela importante discussão a respeito da obrigatoriedade ou não de observância ao regime estatutário, égide do regime único, após a edição da emenda nº 19, que banuiu do texto constitucional a expressão regime jurídico único, surgindo assim, várias teses a respeito do assunto, dentre as quais, foram selecionadas as predominantes para serem estudadas no bojo do presente trabalho.

1.3.3 Teorias sobre a natureza do vínculo servidor-Estado

As teorias sobre a função pública, como registra Araújo (1998, p. 56-87) dividem-se em três categorias, conforme a concepção sobre a natureza do vínculo formado entre servidor e Estado: teorias de Direito Privado, teorias de Direito Público e teorias mistas. As primeiras consideram tal vínculo como relação contratual de direito civil, porquanto presentes o consentimento recíproco, a capacidade para contratar, o objeto lícito e a forma legal. As

teorias de Direito Público, por sua vez, com base na idéia de que o exercício de prerrogativas de autoridade não se coaduna com o desempenho de atividades de poder público, consideram de Direito Público o vínculo servidor-Estado. As teorias mistas reputam haver, na função pública, elementos de Direito Público (as obrigações profissionais do agente) e Privado (direitos pecuniários dos agentes).

Segundo Araújo (1998 p. 75-76):

As teorias contemporâneas, não obstante insiram tal vínculo na seara do Direito Público, divergem quanto a caracterizá-lo como advindo de contrato ou de ato unilateral, bipartindo-se, pois, em teorias do contrato de direito público e teorias unilateralistas/ estatutárias, conforme o relevo que atribuem à autonomia do particular na formação e desenvolvimento da relação. Para as primeiras, a vontade do particular é indispensável para a formação do vínculo, que se caracteriza como espécie autônoma de contrato administrativo. Para as últimas, é suficiente o ato unilateral de nomeação para que se constitua tal vínculo, porquanto o interesse público não pode ser objeto de transação. Segundo os unilateralistas, a posse, que sucede a nomeação, pode caracterizar acordo, mas não do tipo contratual, uma vez que a agente manifesta sua vontade apenas quanto à constituição do vínculo (ato-união), de forma que o consentimento diz respeito apenas à submissão à situação legal imposta pelo Estado.

Neste viés, a vontade do agente limita-se à aceitação de tal submissão e não lhe é dado, pois, modificar o conteúdo da relação formada com o Estado. Este é o entendimento da maioria dos doutrinadores brasileiros.

1.3.4 Teorias sobre a natureza jurídica do vínculo empregado-empregador

Delgado (2002, p. 306-314) registra que as teorias sobre a relação empregado-empregador agrupam-se em duas categorias: teorias contratualistas e acontratualistas.

[...] as primeiras subdividem-se em: contratualismo tradicional/ teorias civilistas, que buscavam enquadrar tal relação em uma das categorias contratuais já existentes no Direito Civil (arrendamento, compra e venda, mandato, contrato de sociedade); e contratualismo moderno, que, reconhecendo a insuficiência das formas civilistas tradicionais para abarcar o fenômeno trabalhista, reputa o vínculo entre empregado e empregador como contrato de natureza especial (contrato de trabalho, cujo objeto é uma obrigação de fazer, desempenhada de forma subordinada, pessoal, contínua

e onerosa). As teorias anticontratualistas, por sua vez, sustentam que, devido ao fato de as relações de trabalho terem passado a sofrer intensa regulamentação legal, a vontade deixou de ser decisiva para a configuração de tais relações, que perderam, pois, seu caráter contratual. De fato, tal caráter foi negado para a relação de emprego porque se partiu da concepção liberal de contrato, no qual a regulação estatal era mínima e as partes dispunham livremente sobre as cláusulas. Os acontratualistas entenderam, pois, que o vínculo de trabalho, intensamente regulado, não se subsumia a uma tal concepção de contrato.

A doutrina trabalhista contemporânea critica o acontratualismo, sustentando que deve ser ampliada a noção de contrato, no sentido de que basta o acordo de vontades para haver contratualidade, sendo desnecessário que o conteúdo do ajuste seja integralmente determinado pela vontade livre das partes. Assinale-se que tal posicionamento da doutrina trabalhista diverge do já mencionado entendimento da doutrina administrativista majoritária, para a qual nem todo acordo de vontades tem natureza contratual, sendo necessário, para que esta se verifique que o conteúdo da relação seja também determinado pelo consentimento. Percebe-se que os administrativistas ainda utilizam os mesmos argumentos expendidos pela tese acontratualista, a qual já se encontra superada no âmbito trabalhista. Neste, não se nega, hoje, a natureza contratual do vínculo empregado-empregador, porquanto o simples consentimento em se submeter a dado trabalho é, precisamente, o que diferencia o trabalho livre do trabalho escravo.

Considerando-se que ambos os vínculos (servidor-Estado e empregado-empregador) são espécies do gênero relação de trabalho livre (por consistirem, igualmente, em espécies de prestação de trabalho subordinado, mas não escravo), há que se reputar determinante, em ambos, o viés contratual. Deste modo, pode-se assemelhar o empregado e o servidor, até mesmo para questões processuais de competência material (seja para julgamento pela Justiça Comum, seja pela Justiça do Trabalho). Nada obstante, venha-se a discorrer sobre esta celeuma *a posteriori*.

1.3.5 Crítica ao modelo unilateral estatutário

A teoria estatutária tem raízes na dogmática administrativa do liberalismo, marcada pelo unilateralismo, bem como nas teorias orgânica e da impermeabilidade. Da concepção de que o Estado é composto por órgãos, formando um único corpo, decorre a teoria da impermeabilidade, segundo a qual, como não há pluralidade de sujeitos no âmbito interno do Estado, também não há relação jurídica neste âmbito. A compreensão do agente como parte por meio da qual o Estado é apresentado criou a confusão entre ambos, o todo (Estado) e a parte (agente), impossibilitando a distinção da figura do primeiro (Estado) como tomador de serviços em face do segundo (agente). Reputou-se, portanto, que ambos não teriam interesses divergentes e diluiu-se a subjetividade do agente no interior do aparelho administrativo estatal, o que serviu para justificar uma disciplina da relação de função pública que desconsiderava a prestação de trabalho subordinado enquanto fim a ser tutelado. Tomava-se o agente não como sujeito de direito em face do Estado, mas como objeto cuja atividade era regrada em função do interesse público. A supremacia deste é argüida, pois, pela teoria estatutária para apartar o regramento do vínculo servidor-Estado da tutela de interesses privados (dos servidores), tidos como inconciliáveis com os fins públicos. A prestação de trabalho para o Estado é tida como simples meio de consecução do interesse público e não como fim a ser tutelado.

Divergindo de tal argumento, Netto (2003, p. 137) afirma que:

A supremacia do interesse público não deve ser tomada em termos absolutos e *a priori* excludentes da tutela dos interesses privados, bem como deve causar a estes o menor sacrifício possível. Enquanto o Estado Liberal concentrou a concepção de tal interesse, exclusivamente, no ponto de vista do Poder Público, o Estado Democrático de Direito recupera a importância do ponto de vista da Sociedade e exige, pois, a participação dos particulares na formulação do interesse público.

Nesse passo, Dias (2003) pontua que as tentativas de apropriação da esfera pública pela privada alteraram a relação entre Estado e Sociedade, que não são mais esferas antagônicas e influenciam-se mutuamente. Fala-se, hoje, pois, em "privatização do público" e "publicização do privado". Dias (2003, p. 250-251) alerta, ainda, para a necessidade de se retirar da Administração a exclusividade da tutela do interesse público, o qual deve resultar de consenso, e não de imposição unilateral.

Ademais, critica-se a concepção do homem como simples meio de consecução de algum interesse, ainda que público, porquanto não devem ser desconsideradas nem sua condição de trabalhador, nem a tutela desta condição.

Sustenta-se, ainda, na tese estatutária, a imprescindibilidade de o Estado fixar e alterar unilateralmente o estatuto da função pública, o que não seria viável no regime contratual.

Rebatendo tal argumento, Netto (2003, p. 150) recorda que:

Também na relação contratual trabalhista, incidem, impositivamente, as normas previstas no ordenamento, reduzindo o campo de livre disposição dos contratantes de forma assemelhada ao que ocorre nos contratos de adesão no direito civil. Esta ocorre quando se toma, indiscriminadamente, o Estado como sujeito de direito e como ordem jurídica, levando a entender que o particular estaria subordinado não em face da ordem jurídica, mas do Estado-sujeito-de-direito. Entretanto, a subordinação não pode se dar em face deste último, pois o indivíduo somente se subordina à força legítima, cuja única depositária é a ordem jurídica.

Destarte, não é o Estado-sujeito-de-direito, enquanto parte na relação de função pública, que fixa e altera unilateralmente o estatuto desta, porque, se assim o fosse, o Estado-sujeito-de-direito estaria acima da ordem jurídica, o que contraria os princípios já assentados no paradigma do Estado de Direito. Apenas na condição de ordem jurídica, ou seja, no exercício de função legislativa, o Estado regula a relação de função pública, e não na condição de parte de tal relação.

De fato, o processo de substituição da vontade individual pela vontade jurídica, ocorrido com a intensificação da regulamentação legal em diversas áreas (trabalhista, civil,

administrativa, dentre outras), exigiu que se reformulasse o postulado liberal da autonomia da vontade. Não é, pois, a reduzida regulação legal de determinado vínculo que o qualifica como contratual, mas sim a existência do consentimento das partes em se submeterem a uma situação legal predeterminada.

A tese estatutária postula, ainda, a inadequação do regime contratual da função pública, ao argumento de que, neste, os direitos e deveres fixados seriam unilateralmente imutáveis.

Divergindo, assinala Souza (2004, p. 134):

A possibilidade de alteração unilateral da relação não é excludente da natureza contratual de um instituto. De fato, tanto no Direito do Trabalho, em que existe o *jus variandi* do empregador, quanto no próprio Direito Administrativo, na matéria relativa aos contratos administrativos, verifica-se a possibilidade de alteração unilateral da relação, sem que esta perca seu caráter contratual. Recorde-se, porém, que, pelo fato de o regime da função pública ser previsto em lei, as alterações deste regime derivam igualmente de modificações legais.

Neste viés, conforme já afirmado, tais alterações não decorrem de ato unilateral de uma das partes, porquanto não é o Estado-sujeito-de-direito (e, portanto, parte na relação) que as determina, mas o Estado-ordem-jurídica.

A teoria estatutária sustenta, ainda, que a existência de direito adquirido é peculiaridade do vínculo estatutário. Souza (2004, p. 137) recorda:

As alterações legais que incidem imediatamente sobre situações jurídicas constituídas anteriormente não são fenômeno exclusivo do regime estatutário, porquanto, no regime contratual trabalhista, as alterações decorrentes de mudanças legislativas também incidem de imediato no contrato de trabalho, como foram exemplos a instituição da gratificação natalina e a alteração da disciplina das férias.

O que se precisa entender é que, não se trata, pois, de distinção entre regimes jurídicos, mas entre normas que determinam situações jurídicas gerais e objetivas, alteráveis de imediato, e normas que determinam situações individuais determinadas, inalteráveis. Ambos os regimes comportam as duas modalidades de normas.

Por fim, sob influência da teoria da coordenação/subordinação, segundo a qual o Direito Público caracteriza-se pela desigualdade entre sujeitos, de modo que o Estado ocupa posição de superioridade em face do particular, a teoria estatutária argumenta estar o servidor em situação de sujeição em face do Estado. Entretanto, assinala-se que, se há subordinação na relação de função pública, esta não é de pessoa a pessoa, mas é subordinação objetiva, regrada juridicamente. Não deriva, pois, da qualidade das pessoas, mas da situação jurídica criada pela norma que regula a relação. A subordinação do agente não advém do comparecimento do Estado no vínculo travado. Também no Direito do Trabalho, o empregado encontra-se em relação de trabalho subordinado em face do empregador, porquanto a subordinação é aspecto comum a qualquer relação de trato sucessivo.

Como pontua Vilhena (1999 p. 92-95):

Quanto maior a indeterminação das prestações de uma relação, maior é o estado de subordinação do contratante. Neste estado, encontra-se qualquer trabalhador, seja empregado, seja servidor, porque, em ambas as hipóteses, tem-se uma relação de trato sucessivo. A natureza contratual da relação não é, pois, afastada pela subordinação que dela deriva.

1.4 Competência jurisdicional dos dissídios individuais no setor público

Constitucionalmente, cabe à Justiça do Trabalho dirimir controvérsias individuais que envolvam os empregados públicos, sejam eles da Administração Direta ou Indireta, sobre a aplicação da legislação trabalhista federal. Também é de competência da Justiça do Trabalho litígios entre empregados celetistas e a Administração pública que tenham como objeto a aplicação de legislação municipal ou estadual.

Anteriormente à Emenda 45, restava claro que somente os servidores públicos regidos pela CLT é que teriam seus conflitos dirimidos pela Justiça do Trabalho. Tal entendimento já estava tão solidificado que prescindia de maiores explicações. Da mesma forma, era cristalino que os servidores públicos estatutários deveriam solucionar seus conflitos com a

Administração Pública na Justiça Comum, vez que não estavam regidos por uma relação empregatícia, nos moldes em que dispõe a CLT.

Todavia, com a recente publicação da referida emenda, alguns autores e estudiosos do tema passaram a considerar que os conflitos decorrentes da índole institucional dos servidores públicos estatutários incluir-se-iam no rol de competência da Justiça do Trabalho.

Esta visão inovadora será, adiante, oportunamente demonstrada, ressaltando as posições que a defendem e as que lhe são contrárias.

CAPÍTULO 2 O TERMO RELAÇÃO DE TRABALHO NA NOVA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Tratados neste trabalho os servidores públicos, de forma específica o servidor estatutário, cumpre investigar alguns conceitos básicos para o entendimento do estudo em tela, como o conceito de jurisdição e competência. Dentro de uma visão geral, analisar-se-á como o termo relação de trabalho deve ser interpretado no bojo do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, após as modificações implementadas pela emenda 45. O fundamento do estudo desenvolvido neste capítulo é o de que no contexto das inúmeras fórmulas que existem para a contratação da prestação de trabalho, permite-se ao operador jurídico cotejar e discriminar, com êxito, inúmeras situações fático-jurídicas próximas, tais como a relação de emprego e trabalho, situação que vai permitir a discussão acerca da introdução do julgamento das lides entre servidor estatutário e o Estado na competência da Justiça do Trabalho.

Para tanto, faz-se oportuno lembrar que a emenda constitucional nº. 45, cujo projeto de emenda constitucional - PEC foi apresentado em 26-03-1992, pelo então Deputado Hélio Bicudo, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e publicada no dia 31 do mesmo mês, é fruto de um longo debate no Congresso Nacional, que consumiu quase 13 anos. É importante ressaltar que na proposta original da mencionada EC, de autoria do Deputado Aloysio Nunes Ferreira, constava como medida mais extrema a extinção da Justiça do Trabalho por intermédio de sua incorporação pela Justiça Federal. Posteriormente, no relatório da Deputada Zulaê Cobra afastou-se essa ameaça, mantida, não obstante, a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações oriundas da relação de emprego, o que pode justificar o lapso na manutenção do inciso IX do atual artigo 114 da Constituição Federal, quando depois se ampliou a competência para abranger relações de trabalho.

Partindo-se da premissa de que norma jurídica não resulta de um processo intelectual, técnico ou científico, mas do entrelaçamento de interesses entre classes sociais ou mesmo corporativos, a atuação da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho) foi decisiva para persuadir os congressistas a alterarem a redação do inciso I, substituindo a expressão relação de emprego por relação de trabalho. O fato é que a Justiça do Trabalho, cuja extinção outrora fora cogitada, com o advento da EC 45 ficou sobremaneira fortalecida com a ampliação de sua competência.

2.1 Jurisdição e Competência

Faz-se necessário, desde já, deixar assente que competência não se confunde com jurisdição, embora ambas estejam intimamente ligadas. A sociedade, na evolução do convívio social, optou pela vedação à autotutela, salvo hipóteses legais (direito de retenção, desforço imediato, penhor legal, direito de cortar raízes e ramos limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio etc.), atribuindo ao Estado o monopólio de solucionar, de forma impositiva e em definitivo, os conflitos, aplicando norma de direito material. Esse o conceito de jurisdição, qual seja, o poder de o Estado pacificar conflitos sociais por meio de uma atividade substitutiva da vontade das partes, fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto. A jurisdição é, portanto, o conceito nuclear de toda a teoria processual. Não é demais lembrar que o órgão do Estado investido de jurisdição é o juiz e não o Poder Judiciário.

Neste contexto leciona Bittencourt (2003, p. 41): “A jurisdição trata-se de um sistema próprio de um estado de direito, no qual o Estado cria órgão distintos e independentes investidos do poder e do dever de julgar conflitos de interesses”.

Saliente-se, que, da mesma forma que a soberania a jurisdição é uma e indivisível, sendo apenas fracionada em suas repartições de atribuições, classificando-se e escalonando-se

ao alvedrio da matéria que envolve o conflito de interesses. Surge aí o conceito de competência, como sendo parcela da jurisdição.

Competência revela-se como a distribuição da jurisdição (e não sua divisão, uma vez que esta é una e indivisível) entre os órgãos jurisdicionais a fim de que ela possa ser exercitada. Trata-se, em outras palavras, da medida da jurisdição, ou ainda, do princípio da divisão social do trabalho aplicado à jurisdição.

Na definição de Alvim (2003), competência é a atribuição a um dado órgão do Poder Judiciário que lhe está afeto, em decorrência de sua atividade jurisdicional específica, dentro do Poder Judiciário.

Sob essa perspectiva, a lei, ao distribuir a jurisdição, atende a dois interesses: inicialmente o interesse público – do próprio Estado (regras de competência absoluta: material e funcional) – e secundariamente o interesse das partes, uma vez que visa a facilitar o acesso à justiça (competência relativa: territorial e pelo valor da causa). Oportuno registrar que o valor da causa, na Justiça do Trabalho, não define competência, senão o rito da demanda (ordinário ou sumaríssimo).

Essa lacônica exposição tem o único fim de afirmar que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho insere-se no campo de competência material. Desse aforismo decorre a necessidade de especialização dos órgãos jurisdicionais. E sob esse aspecto diz-se que a Justiça do Trabalho é uma justiça especializada, porquanto converge sua energia para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, conforme a nova redação do artigo 114 da CF.

Sob esse enfoque faz-se o *link* com a preconizada Reforma do Judiciário, mormente no que diz respeito à preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, mais especificamente quanto ao princípio da tempestividade da tutela jurisdicional. Afinal, parece razoável e lógico que quanto mais especializado for o órgão jurisdicional mais célere e de

melhor qualidade será a prestação da tutela estatal. Nesse sentido há projeto de lei já aprovado pela Câmara dos Deputados para criação de Varas do trabalho especializadas em, por exemplo, execução fiscal, acidentária etc., visando a uma maior celeridade processual, uniformidade dos procedimentos de execução e segurança jurídica nas decisões.

De todo o exposto até o momento, conclui-se que a justificativa para a ampliação da competência da Justiça do Trabalho não se traduz em um simples redimensionamento da jurisdição estatal, mas, ao contrário, tem por mira oferecer ao jurisdicionado uma estrutura judiciária capaz de solucionar mais rapidamente a demanda levada a Juízo. E essa maior agilidade da Justiça do Trabalho decorre justamente de sua especialização, uma vez que tem um procedimento menos complexo que o estabelecido no Processo Civil. Com efeito, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho está em consonância com o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional.

Transposta mais essa digressão a título de intróito, passar-se á à análise do inciso I artigo 114 da CF, com a redação dada pela EC 45.

2.2 Nova competência material da Justiça Laboral

A Emenda Constitucional 45/2004 acarretou uma considerável ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, como se pode depreender da nova redação atribuída ao artigo 114, da Constituição Federal.

Em razão de sua natureza especializada, a Justiça do Trabalho, por disposição constante no antigo texto do artigo 114 da Constituição Federal, no campo individual, analisava, em regra, apenas litígios decorrentes da relação de emprego e, em caráter excepcional, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, como por exemplo, nas hipóteses previstas no artigo 652, *a*, III e V, da CLT, em razão de expressa autorização

constitucional para ampliação da competência material por meio de lei ordinária (antiga redação do artigo 114, da CF).

Não importava a natureza do provimento jurisdicional reclamado, desde que este resultasse da mencionada relação, a Justiça do Trabalho tinha competência material para sua apreciação. Assim é que os mandados de segurança, ações possessórias, ações rescisórias e ações consignatórias eram deduzidas perante a Justiça do Trabalho sem maiores resistências. Tanto isso é verdade, que o STF já havia se manifestado no sentido de que a competência material da Justiça do Trabalho firmava-se pela pertinência da pretensão ao contrato de trabalho, não se levando em consideração a providência deduzida, desde que esta fosse reclamada por uma das partes envolvidas no mencionado contrato laboral (Súmula 501, do STF, e artigo 843, §2º, da CLT).

O certo é que o que mais insita as discussões é a diferença do termo relação de trabalho e relação de emprego, e o alcance de ambas as expressões na modificação da competência da Justiça do Trabalho. Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, mormente em razão da expressão relação de trabalho constante nos incisos I e VI, do artigo 114, foi desencadeada uma série de interpretações, chegando-se aos exageros mais inusitados. As várias correntes são unânimes em reconhecer que o atual texto do artigo 114 é deveras confuso.

Não obstante as Constituições anteriores sempre terem limitado a competência material da justiça do trabalho a litígios decorrentes da relação de emprego, sendo esta apenas uma espécie de relação de trabalho, há, no próprio texto constitucional originário, o uso da expressão relação de trabalho como sinônimo de relação de emprego. Isso acontece no inciso XXIX, do artigo 7º, da Constituição Federal, quando diz:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

É inegável que, neste dispositivo, o constituinte se referia à relação de emprego. Se não fosse este o entendimento, todos os incisos constantes no artigo 7º, da Constituição Federal, seriam aplicáveis a todos os trabalhadores, sejam eles subordinados (empregados) ou não. Caso contrário, por outro lado, qualquer relação de trabalho, desde que prestada por uma pessoa física (trabalhador), teria como prazo prescricional para reclamação de créditos dela decorrentes, aquele previsto no mencionado inciso.

O professor Martins (2005, p. 107) ensina que:

Não se faz necessária uma ginástica de raciocínio para constatar que os incisos do artigo 7º, da Constituição Federal, não são aplicados a qualquer trabalhador urbano ou rural, pois ali constam, elencadas nos incisos, verbas limitando sua aplicação no âmbito da relação de emprego.

Nesse diapasão, é perfeitamente razoável, para alguns autores, a interpretação que sugere a utilização da expressão relação de trabalho como sinônimo de relação de emprego, quando analisados os incisos I e VI, do artigo 114, da Constituição Federal.

De outra banda, a expressão relação de trabalho constante no inciso IX, por se tratar de simples cópia da previsão que já constava no antigo texto do mencionado artigo 114, tem justificada sua utilização no sentido lato, já que reclama lei ordinária para ampliação da competência da justiça laboral, como ocorre nos casos já mencionados neste texto.

Com fins de viabilizar o debate acerca da amplitude da expressão relação de trabalho, sugere-se, ainda, seja, nos incisos I e VI, do artigo 114 da Lei Fundamental, tomada como sinônimo de relação de emprego, a exemplo do que se faz no inciso XXIX, do artigo 7º, e, com relação ao inciso IX do mencionado artigo 114, que continue a ser aplicada como antes, significando relação de trabalho em sentido lato.

2.3 O alcance da expressão relação de trabalho

Não há dúvida de que uma das mais relevantes alterações advindas da aludida reforma diz respeito ao sentido e alcance da expressão relação de trabalho, constante no inciso I do artigo 114 da Constituição Federal.

Conforme já consignado, a competência da Justiça do Trabalho, que antes da EC 45 suscitava debates na doutrina acerca de tratar-se de competência em razão das pessoas, porque se referia às figuras de empregado e empregador, ou trabalhador e empregador na CF/88, é agora fixada exclusivamente em razão da matéria. Assim, pouco importa se a parte em litígio é empregado ou empregador, mas, sim, se o litígio origina-se de uma relação de trabalho, da qual é espécie a relação de emprego. Essa mudança é significativa, porquanto à luz da redação anterior não se permitia intervenção de terceiros no processo do trabalho, à exceção da nomeação à autoria, com algumas restrições. Afinal, permitir que terceiro ingressasse na lide implicaria na possibilidade de uma demanda paralela à principal entre empregados ou entre empregadores, o que escapava à díade empregado e empregador. Essa incongruência, e em certa medida injustiça, foi corrigida com a EC 45, que pôs fim à velha competência dicotômica. Tanto é verdade que o TST cogita cancelar a OJ (Orientação Jurisprudencial) n. 227 da SDI-1 (Seção de Dissídios Individuais), que veda a denunciação da lide no processo do trabalho.

Antes da EC 45 a competência da Justiça do Trabalho subdividia-se em: específica (para dirimir conflitos decorrentes da relação de emprego); derivada (porque mediante lei poderia apreciar conflitos decorrentes de outras relações de trabalho, a exemplo do trabalhador avulso portuário, pequeno empreiteiro - art. 652, a, III e V da CLT, temporário - Lei 6.019/74); competência para cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. Assim, o representante comercial (Lei 4.886/65), o trabalhador autônomo (incluído o

profissional liberal), eventual, o cooperado, dentre outros trabalhadores, sujeitavam-se à competência da Justiça Comum.

A EC 45 trouxe uma expressiva ampliação da competência específica da Justiça do Trabalho na medida em que rompeu com o paradigma consolidado há anos no Direito Constitucional brasileiro de atribuir competência a essa Justiça Especializada para dirimir controvérsias decorrentes da relação de emprego. É verdade que na CF de 1988 o constituinte originário optou pela expressão trabalhador ao invés de empregado, mas a doutrina e jurisprudência pátria firmaram entendimento de que aquela expressão referia-se ao empregado, para harmonizar-se com a figura do empregador (artigo 2º da CLT).

Mas agora, com a nova redação do inciso I do artigo 114, fixou-se em definitivo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho. Nesse sentido, faz-se mister perquirir acerca da amplitude dessa expressão, porquanto essa competência encontrará seus exatos limites no conceito de relação de trabalho.

Neste sentido, ensina Martins (2005, p.132):

Contrato de trabalho é o gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia envolver qualquer trabalho, como o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário etc. Contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Daí por que se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria o gênero e o contrato de emprego a espécie.

Por outro lado, há autores que admitem a ampliação da competência para apreciar litígios decorrentes da relação de trabalho, desde que esta tenha cunho econômico, pois é da história da Justiça do Trabalho a lida com o conflito entre capital e trabalho.

Convém ressaltar a diferença entre relação de trabalho e relação de emprego. Esta é aquela que surge de um contrato de trabalho estabelecido entre empregado e empregador. Suas características básicas são: a subordinação jurídica do trabalhador ao poder de comando

do empregador; a não-eventualidade na prestação do serviço; a remuneração pelo serviço prestado e a personalidade do trabalhador, que será sempre pessoa física (CLT, arts. 2º e 3º).

Já a relação de trabalho, é a que diz respeito a qualquer trabalho prestado, sem que necessariamente haja vínculo empregatício, por pessoa física a um tomador de serviços. Tem a relação de trabalho requisitos semelhantes à relação de emprego, mas com diferenciações que atendem ao seu caráter genérico, os quais serão estudados adiante.

2.4 Principais interpretações dos termos relação de trabalho e relação de emprego

No caso em discepção, antes de pontuar as características destas relações, cumpre ressaltar que a Justiça do Trabalho é competente para decidir questões entre empregados. Não importa o tipo de empregado. Todo empregado é parte legítima para figurar em processo trabalhista: o urbano, o rural, o doméstico, o em domicílio, o empregado aprendiz, o contratado a prazo determinado ou indeterminado, o braçal, o intelectual, qualquer tipo de empregado, registrado ou não, com contrato escrito, verbal ou tácito.

2.4.1 Relação de emprego

A caracterização da relação empregatícia é procedimento essencial ao Direito do Trabalho, na medida em que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justralhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que definirá a relação jurídica material básica que a ordem jurídica brasileira coloca sob a égide competencial própria do ramo especializado do Judiciário denominado Justiça do Trabalho.

Em relação aos critérios da caracterização da relação empregatícia, discorre Delgado (2004, p. 289):

A propósito de método oriundo das Ciências Sociais, informadora de que todo fenômeno sócio-histórico resulta da síntese de múltiplas determinações, socorre uma vez mais, o estudioso do Direito na pesquisa acerca da formação e caracterização de figura jurídica da relação de emprego.

De fato a relação empregatícia, enquanto fenômeno sócio-jurídico resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sócio-jurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis, sem os quais não se configura a mencionada relação.

Os elementos fático-jurídicos da relação de emprego são cinco: prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; prestação efetuada com personalidade pelo trabalhador; também efetuada com não-eventualidade; efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços e prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

A CLT aponta esses elementos em dois preceitos combinados. No *caput* de seu art. 3º: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Por fim no *caput* do art. 2º da mesma Consolidação: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Sobre tais elementos, Delgado (2004, p. 290) afirma que:

Não são, portanto, criação jurídica, mas simples reconhecimento do Direito de realidades fáticas relevantes. Também denominados pela mais arguta doutrina jurídica de pressupostos, conjugados em uma relação socioeconômica, surge a relação de emprego, juridicamente caracterizada.

Cada um desses elementos fático-jurídicos, depois de apreendidos pelo Direito, vêm formar um tipo legal específico e delimitado. Busca a Ciência do Direito precisar a

composição de cada um de tais elementos, de modo a tornar mais objetiva e universal sua compreensão pelos operadores jurídicos. É o que será feito a seguir.

2.4.1.1 Pessoaalidade

O contrato de trabalho é *intuitu personae*, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. Não pode o empregado fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o trabalhador seja pessoa jurídica, podendo ocorrer no caso, locação de serviços, empreitada, dentre outros.

2.4.1.2 Continuidade

O trabalho deve ser prestado com continuidade. Aquele que presta serviços eventualmente não é empregado. Orlando Gomes e Élson Gottschalk (1990, p. 134) afirmam, com propriedade:

O contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, de duração. Certos contratos exaurem-se com uma única prestação, como ocorre com a compra e venda em que, entregue a coisa e pago o preço, há o término da relação obrigacional. No contrato de trabalho, não é isso que ocorre, pois há um trato sucessivo na relação entre as partes, que perdura no tempo. A continuidade é da relação jurídica, da prestação de serviços.

2.4.1.3 Subordinação

O obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. O trabalhador autônomo não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém, exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos de seu negócio.

2.4.1.4 Onerosidade

Não é gratuito o contrato de trabalho, mas oneroso. O empregado recebe o salário pelos serviços prestados ao empregador. O empregado tem o dever de prestar serviços e o empregador, em contrapartida, deve pagar salários pelos serviços prestados. Aqueles religiosos que levam seu lenitivo aos pacientes de um hospital não são empregados da Igreja, porque os serviços por eles prestados são gratuitos.

O parágrafo único do art. 1º da Lei nº. 9.608, de 18-2-98, estabelece que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim. O art.1º dispõe que serviço voluntário é a atividade não remunerada. O contrato de trabalho é oneroso. Se não há remuneração, inexistente vínculo de emprego.

2.4.1.5 Alteridade

8

O empregado presta serviços por conta alheia (alteridade). É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. Quando está prestando um serviço para si ou por conta própria, não será empregado, podendo ocorrer apenas a realização de um trabalho, ou a configuração de um trabalho autônomo.

2.4.2 Relação de trabalho

A relação empregatícia e a figura do empregado surgem como resultado da combinação, em certo contexto sociojurídico, dos cinco elementos fáticos jurídicos já examinados.

o

Há, porém, outras relações de trabalho gestadas na dinâmica social muito próximas, do ponto de vista jurídico e social, à relação empregatícia, mas que com ela não se confundem. A diferenciação entre elas, às vezes, pode ensejar pesquisa fático-jurídica tormentosa.

Segundo Delgado (2004, p. 320):

Em um primeiro plano, há um vínculo jurídico que, apesar de contar, do ponto de vista prático, com os elementos configuradores da relação de emprego, recebe da ordem jurídica uma excludente legal absoluta, que inviabiliza o contrato empregatício - trata-se da natureza pública da relação jurídica formada. É o que se passa com os servidores administrativos das entidades estatais de direito público.

Em outro plano há diversas relações sociojurídicas que se diferenciam da relação de emprego em vista da falta de um ou alguns dos elementos fático-jurídicos componentes do tipo legal especificado no *caput* dos arts. 2º e 3º da CLT. É o que acontece, ilustrativamente com as relações trabalhistas autônomas, eventuais e avulsas, sem se falar em outros vínculos também fronteiriços ao regulado pela CLT (representante comercial ou agente, motorista carreteiro proprietário de seu próprio veículo, motorista de táxi, dentre outros).

No tocante, ensina Delgado (2004, p. 322):

Todos esses casos de relação de trabalho *lato sensu* são mais ou menos próximos da relação empregatícia; todos esses trabalhadores *lato sensu* tangenciam a figura jurídica do empregado. Mas, inquestionavelmente, todos eles, para o Direito, formam figuras sociojurídicas distintas da empregatícia, com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta.

Cabe, portanto ao intérprete e aplicador do Direito, reconhecendo os elementos de aproximação entre as figuras comparadas, hábeis a situá-las em um mesmo gênero conceitual (o do trabalho humano prestado a outrem, onerosamente), identificar-lhes, ao mesmo tempo, a diferença específica, de modo a poder situar, sem equívocos, seu correto posicionamento no universo normativo existente.

Ainda sobre relação de trabalho, Martins (2005, p. 125), assim o classifica:

Relação de trabalho é o gênero, englobando a prestação de serviços do funcionário público, do empregado, do avulso, do autônomo, do eventual,

do empresário. Relação de emprego é sua espécie. Contrato de trabalho é o gênero, sendo espécie o contrato de emprego.

Com esta afirmação, resta claro a inserção do julgamento das lides entre servidor público estatutário e o Estado na competência da Justiça do Trabalho, haja vista a inclusão do termo relação de trabalho no inciso I do art. 114 da Constituição Federal. Tal discussão será aprofundada, oportunamente no próximo capítulo deste trabalho.

Abordados os termos relação de emprego e relação de trabalho, cumpre investigar as teorias que discutem o alcance da expressão relação de trabalho no ordenamento jurídico.

2.5 Correntes doutrinárias que discutem o alcance da expressão relação de trabalho

Neste diapasão, importa frisar que relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho, expressão essa sobre a qual a doutrina se digladiava na tentativa de fixar seu sentido e alcance, tanto que há cinco correntes doutrinárias, a saber: restritiva ou fechada; ampliativa ou aberta; intermediária; a que considera a dependência econômica do prestador de serviços em relação ao tomador; a que propugna que relação de trabalho é uma relação de trato sucessivo. Todas essas correntes doutrinárias têm o fito de responder à seguinte indagação: As lides, por exemplo, entre médico e paciente, advogado e cliente, passageiro e taxista, encanador e condomínio, escritor e editora, servidor público e Estado são de competência da Justiça do Trabalho ou da Justiça Comum?

A considerar a apocalíptica, mas potencialmente concreta hipótese de dissenso entre juízes do trabalho e de direito acerca do juízo competente para processar e julgar tais demandas estar-se-ia diante de inúmeros conflitos de competência suscitados (art. 115 do CPC), em detrimento do direito do jurisdicionado e em afronta ao princípio da tempestividade

da tutela jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CF). Por isso a magnitude desse debate. Quiçá, ante a divergência doutrinária acerca dos limites da expressão relação de trabalho.

2.5.1 Restritiva ou fechada

Em síntese, sustenta a primeira corrente que a expressão relação de trabalho corresponde a anterior expressão relação de emprego, ou seja, dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, consoante redação anterior do artigo 114 da CF. Argumentam os seus defensores que assim não se entende qual a razão do inciso IX? Dizem, ainda, que o artigo 7º da CF utiliza-se das expressões relação de trabalho e trabalhador para caracterizar relação de emprego, conforme interpretação sistemática. Nessa ótica, portanto, a relação de trabalho a que faz alusão o inciso I do artigo 114 cinge-se às relações reguladas pela legislação trabalhista (CLT e leis esparsas). A crítica que se faz a esta corrente é a de que escapa à razoabilidade o fato de o constituinte derivado ter alterado o texto constitucional, após mais de 12 anos de debates no Congresso Nacional, para dizer o que sempre disse. É o que sustenta Maranhão (2005, p. 177):

Ora, a modificação do texto visou, efetivamente, à ampliação da competência da Justiça do Trabalho com o fim de incorporar a essa Justiça Especializada relações de trabalho antes fora do seu alcance, observando sempre a perspectiva da Reforma para melhor atender os jurisdicionados. De outra parte, o referido inciso IX trata de competência derivada da Justiça do Trabalho, o que, em uma leitura precipitada, poderia induzir o intérprete à ilação de que se trata de dispositivo inútil, pois diz o que já se encontra abrangido pelo inciso I, a exemplo também da crítica que sofre o inciso VI.

Com efeito, o inciso IX não contradiz a regra geral do inciso I do artigo 114 da CF, que é norma constitucional de eficácia plena. Ademais, quis o constituinte derivado deixar uma janela para ampliar ainda mais a competência da Justiça do Trabalho, permitindo, por exemplo, a apreciação de causas que tenham como pressuposto fático-jurídico a relação de trabalho.

2.5.2 Ampliativa ou aberta

A segunda corrente propugna uma ampliação total da competência da Justiça do Trabalho, independentemente de lei ordinária, o que, mais uma vez, implica desconsiderar o inciso IX do precitado artigo 114, porque inútil. Os sectários dessa corrente fundamentam sua tese no fato de que para caracterizar a competência da Justiça do Trabalho basta que haja trabalho humano em benefício de outrem, quer seja pessoa natural ou jurídica. Assim, seria competente a Justiça do Trabalho para dirimir conflitos envolvendo relação de emprego e de trabalho *lato sensu*, nessas incluídas as relações de consumo, sob o argumento de que esta é sempre uma relação jurídica secundária a uma relação prévia, qual seja a de trabalho, além dos servidores públicos estatutários, objeto deste estudo.

Para esta corrente, tudo que envolva trabalho independe da natureza das pessoas envolvidas ou da forma da prestação do serviço, está agora sob a competência da Justiça do Trabalho.

A crítica a esta corrente, nas palavras de Nascimento (2004, p. 126) é a que se segue:

[...] não haverá limites a essa competência, pois tudo na sociedade decorre de trabalho, o que transformaria a Justiça do Trabalho, antes especializada, em Comum, porquanto a essa restaria apreciar lides decorrentes de direitos de família, sucessórios, reais e de empresas.

2.5.3 Intermediária

A terceira corrente, que tem se firmado como prevalente na doutrina distingue relação de trabalho de relação de consumo. Nessa o destinatário final – consumidor – não adquire o serviço de outrem com o intuito de repassá-lo adiante e com isso obter lucro. Naquela, o tomador dos serviços tem fins lucrativos, porque exerce atividade empresarial e/ou negocial. Portanto, a Justiça do Trabalho seria competente para dirimir conflitos decorrentes da relação de trabalho, mas não de consumo (médico x paciente; advogado, arquiteto, contador,

encanador x cliente). Não obstante pareça ser essa a corrente mais razoável de interpretar a expressão relação de trabalho, merece, nas palavras de Nascimento (2004) senão uma crítica, uma ponderação. A ponderação que se faz a essa corrente é a de que a diarista – o trabalhador eventual, em regra –, cujo histórico social legitima seu acesso à Justiça do Trabalho, na hipótese de prestar serviços à pessoa ou família – destinatário final –, que sabidamente não tem fins lucrativos, teria de reivindicar eventuais direitos sonegados na Justiça Comum.

Ainda sobre o tema em discepção, afirma Nascimento (2004, p. 128):

Isso foge à lógica e o bom-senso, pois na exata medida em que passa a admitir que o trabalhador autônomo ajuíze e tenha sua ação apreciada pela Justiça do Trabalho afasta tal direito da diarista, que é notadamente a parte hipossuficiente da relação jurídica. A solução para o caso exige sensibilidade jurídica e social, uma vez que a diarista, embora prestadora de serviços, é notoriamente hipossuficiente em relação ao tomador de serviços (consumidor), motivo pelo qual não se enquadra no conceito da Lei 8.078/90 – CDC –, pois não oferece seus serviços no mercado de consumo (ao público em geral).

Assim, está caracterizada uma relação de trabalho e, por conseguinte, atrai a incidência do artigo 114, I da CF. Convém frisar, todavia, que a hipossuficiência não é elemento essencial para caracterizar a relação de trabalho, à exceção do trabalhador eventual (a exemplo da diarista) e do pequeno empreiteiro, esse por expressa previsão legal.

2.5.4 A que considera a dependência econômica do prestador de serviços em relação ao tomador

A quarta corrente sustenta que a expressão relação de trabalho açambarca aqueles trabalhadores que têm dependência econômica, mas não subordinação jurídica em face do tomador dos serviços. E isso porque há, nos dias atuais, outras formas de relação de trabalho em que não se verifica subordinação jurídica, ou essa é mitigada – parassubordinação (sócios em cooperativas, representantes comerciais, trabalho em domicílio) – mas se vislumbra

dependência econômica em relação ao tomador dos serviços. São exemplos, o trabalhador autônomo, temporário, avulso, eventual, pequeno empreiteiro, cooperado, estendendo-se, ainda, a alguns casos específicos envolvendo profissionais liberais. A crítica se justifica na medida em que dependência econômica não é requisito para caracterizar relação de emprego e tampouco de trabalho, pois há situações em que o trabalhador/prestador de serviços é economicamente superior ao seu empregador/tomador dos serviços.

Neste esteio relata Russomano (2005, p. 209):

Imaginem a hipótese de um representante comercial, que trabalha para três empresas distintas, e com isso auferir rendimento superior ao dos tomadores dos seus serviços, individualmente considerados. A propósito, a dependência que pode ensejar o reconhecimento de vínculo de emprego não é a econômica, mas a dependência em relação aos meios de produção, que, em regra, pertencem ao empregador.

2.5.5 A relação de trabalho como relação de trato sucessivo

A quinta corrente doutrinária assevera que a relação de trabalho exige um caráter obrigacional continuado, ou seja, de trato sucessivo, de modo que o adimplemento da obrigação não ocorre em um só momento, mas se desenvolve num lapso temporal. Assim, deve-se interpretar a expressão relação de trabalho a partir de uma perspectiva de um trabalho repetitivo, ou seja, periódico, ou melhor, do cumprimento de uma obrigação que se faz de modo periódico, dilatada ou diferida no tempo, e não instantânea. São exemplos de relações instantâneas, e que, portanto, escapam à competência da Justiça do Trabalho: a consulta médica a um paciente, ou mesmo uma cirurgia estética ou reparatória. Essas situações que se esgotam de imediato, num só momento, caracterizam relação de consumo e não de trabalho. Também se inserem nesse contexto as hipóteses de consulta a um advogado, dentista ou psicólogo, ou os serviços de um taxista, de um arquiteto, encanador, quando prestados episodicamente.

Não se vislumbra, nesses casos, relação de trabalho, na sua acepção de trato sucessivo, sendo competente para dirimir eventuais litígios a Justiça Comum. Também não se deve entender como relação de trato sucessivo o pagamento em parcelas dos serviços prestados em uma cirurgia, porquanto o caráter sucessivo diz respeito ao trabalho. De outra parte, será competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar relações de trato sucessivo entre médico e clínica ou hospital, advogado e escritório, corretor de seguros e seguradora, arquiteto e empresa de reformas, dentre outras hipóteses, desde que caracterizado o trabalho repetitivo em um interregno de tempo.

A par de todo o exposto, registre-se que essa reflexão parte da premissa de que a expressão relação de trabalho traduz uma modalidade de exploração da força de trabalho de um ser humano por outrem (pessoa natural ou jurídica, ou mesmo entes despersonalizados), fenômeno imanente ao sistema capitalista de produção, na medida em que destinado à geração de riqueza.

Na esteira desse pensamento a relação empregatícia seria uma situação jurídica objetiva, cristalizada entre empregado e empregador, para a prestação de serviços subordinados, independentemente do ato ou causa de sua origem. O simples fato da prestação de serviços seria o elemento essencial e gerador de direitos e obrigações na ordem jurídica.

Sob esta perspectiva assevera Martins (2005, p. 119):

Outros entendem que o contrato não é a fonte que produz a relação de emprego. O contrato e a relação de emprego podem dar origem ao vínculo entre as partes. Quando as partes estabelecem o contrato, há ajuste de vontades. Quando o vínculo decorre de um fato, que é a prestação de serviços, há relação de emprego, mesmo que não tenha havido o ajuste de vontades.

Partindo da premissa, portanto, que o fato de prestação de serviços caracteriza, *de per se*, uma relação de trabalho, terminologia esta adotada no inciso I do art. 114 da CF, pode-se afirmar que os servidores públicos estatutários inserem-se, sim, na competência da Justiça do Trabalho. Este estudo, no entanto, será aprofundada no capítulo que se segue.

CAPÍTULO 3 DIVERGÊNCIA SOBRE A COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS LIDES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS: JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM

A principal repercussão da Emenda Constitucional n.º 45/2004 em relação à Justiça do Trabalho foi a significativa ampliação de sua competência. Antes a competência da Justiça do Trabalho era limitada às ações entre trabalhadores e empregadores, ou seja, decorrentes da relação de emprego, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. O novo texto, visando ampliar a competência da Justiça do Trabalho, fez uso, apenas, da expressão relação de trabalho, cujo significado, bem mais amplo do que o de relação de emprego, já é pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Neste contexto, determinadas questões foram solucionadas, enquanto outras acabaram por nascer. Dentre estas, encontra-se a problemática referente à competência para dirimir os conflitos entre o servidor público estatutário e a Administração Pública, que serão expostas neste capítulo.

3.1 Relação de trabalho e o servidor estatutário

Anteriormente à EC 45, restava claro que somente os servidores públicos regidos pela CLT é que teriam seus conflitos dirimidos pela Justiça do Trabalho. Tal entendimento já estava tão solidificado que prescindia de maiores explicações. Da mesma forma, era cristalino que os servidores públicos estatutários deveriam solucionar seus conflitos com a Administração Pública na Justiça Comum, vez que não estavam regidos por uma relação empregatícia, nos moldes em que dispõe a CLT.

Todavia, com a recente publicação da referida emenda, alguns autores e estudiosos do tema passaram a considerar que os conflitos decorrentes da índole institucional dos servidores

públicos estatutários incluir-se-iam no rol de competência da Justiça do Trabalho. Esta visão, contudo, será adiante demonstrada.

Com a redação dada pela E.C. n.º 45/04, o artigo 114, em especial o inciso I da CF, passou a comportar o seguinte texto:

Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O cerne da questão reside justamente na definição da expressão relação de trabalho (expressão esta já prevista no art. 114 da CF mesmo antes das alterações provocadas pela EC n.º 45/04). Em linhas gerais, a relação de trabalho abrange um conceito mais amplo do que o conceito de relação de emprego, como perfilhou-se no estudo do capítulo pretérito. Relação de trabalho seria, pois, o gênero, do qual a relação de emprego seria sua espécie.

A relação de trabalho é basicamente proveniente de um fato, da prestação genérica de serviços, e não da vontade subordinada de uma das partes, como ocorre na relação de emprego. Só existe relação de trabalho enquanto está havendo a prestação de serviços e enquanto perdure esta. Já para a existência da relação de emprego é necessário um ajuste, ainda que verbal ou tácito, mesmo que não expresso.

Para uns, a relação de emprego seria o vínculo obrigacional, decorrente da subordinação que deve o empregado ao empregador. Para outros, há distinção entre relação de emprego e contrato de trabalho.

O art. 442 da CLT diz que "o contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego".

O art. 444 do mesmo diploma legal afirma que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas (desde que não contrarie as disposições de proteção ao trabalho). O art. 468 da CLT, por sua vez, permite alterações no contrato de trabalho, porém exige mútuo consentimento. Assim, as relações de trabalho

envolveriam também os autônomos (pois não estão subordinados), enquanto as relações de emprego envolveriam somente os empregados, com seus requisitos constantes no art. 3º da CLT.

Por mais que se possa dizer que, atualmente, o empregado é submetido praticamente a um contrato de adesão, tendo em vista a sua precária situação econômica e o baixo número de empregos formais existentes, algumas cláusulas ainda podem ser negociadas, como o salário e o horário de trabalho. Conforme o entendimento de Martins (2005, p.168):

O empregado não irá aceitar o salário, se for muito baixo, salvo se precisar do emprego. Se tiver outro emprego no mesmo horário, não irá aceitar o horário fixado pelo novo empregador e irá tentar negociá-lo. Isso mostra que, mesmo que o contrato seja de adesão, alguma coisa pode ser negociada entre as partes, indicando a liberdade de fazer parte da relação e não de participar da elaboração do ajuste.

Isso não ocorre com o servidor público institucional que, conforme já foi explicitado, no primeiro capítulo, adere às normas previamente estabelecidas pelo Poder Público, as quais podem, inclusive, ser objeto de alteração unilateral por parte da Administração.

3.2 Posicionamentos contrários

Na opinião de alguns estudiosos, a expressão relação de trabalho não pode comportar uma interpretação tão extensiva ao ponto de considerar-se servidores estatutários como empregados ou funcionários públicos.

Ainda na lição de Martins (2005, p. 179):

O empregado público é o funcionário da União, Estados, municípios, suas autarquias e fundações que seja regido pela CLT, tendo todos os direitos iguais aos do empregado comum. **Não é regido por estatuto do funcionário público.** (Grifo nosso).

E continua: "Os Estados, municípios, suas autarquias e fundações costumam contratar empregados pelo regime da CLT, que **não irão diferir do empregado comum.**" (Grifo nosso).

Para os que pensam assim, em que pese o fato de, à primeira vista, confundir-se um servidor estatutário com um empregado público, tal não deve ocorrer, pois, salta-se aos olhos que, na prática, os requisitos da subordinação, pessoalidade, onerosidade e não-eventualidade podem até parecer comuns entre estatutários e celetistas. Entretanto, além do servidor público estatutário não ser subordinado (em seu sentido trabalhista) à Administração Pública, verifica-se também que, pelo artigo 2º da CLT, o Poder Público, quando não desempenha atividade privada, não pode ser considerado empregador. Veja-se: "Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços."

Nesta linha de pensamento, afirma Rodrigues (2005, p. 157): "Ora, sabemos que o Estado não é empresa e muito menos assume os riscos da atividade econômica, exceto quando atua em concorrência de igualdade com *os* particulares".

Analisando profundamente o tema acerca dos servidores públicos no primeiro capítulo, chega-se à conclusão que eles não somente fazem parte da Administração Pública, eles efetivamente são o Estado, ente abstrato, devendo ser representado por pessoas físicas, que exercerão seu cargo ou função visando ao interesse público e ao bem comum (teoria subjetiva da Administração Pública). O Estado e seus órgãos públicos são, pois, entidades reais, porém abstratas, não possuindo vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, as quais somente os seres biológicos podem possuí-las.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 106) temos:

Então para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nessa qualidade de agentes, seu querer e seu agir

são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo do próprio Estado. Em suma, a vontade e ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas pela vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.

Assim, se o servidor público é o próprio Estado, como imputar-lhe uma relação de trabalho com a Administração Pública? Ele seria subordinado, de forma empregatícia, ao próprio ente que representa? Certo é que os servidores celetistas gozam dessa relação de empregabilidade, já que a Administração Pública está neste caso, exercendo atividade equiparada aos fins privados. Todavia, esta expressão não exclui a idéia geral de que o Estado é efetivamente formado pelos servidores, suas vontades e suas ações. E como o servidor público é o Estado, não pode, simultaneamente, ser empregado e empregador de si mesmo. É desta forma que pensam os que defendem esta posição contrária.

Posicionando-se também contra o entendimento de que os servidores públicos estatutários integrariam a competência material da Justiça do Trabalho, assevera Delgado (2004, p. 323):

Por esta razão em face da natureza própria do vínculo entre o servidor estatutário e o Estado (que é pública), torna-se irrelevante, para fins justralhistas, que sejam também pessoas naturais, prestando serviços com personalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação - não são eles definitivamente empregados.

Portanto, há uma situação concreta que evidencia a presença dos cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego entre trabalhador e tomador de serviços, sem que haja juridicamente, esse tipo legal de relação - sem que haja, portanto a figura do empregado. Trata-se de situação expressamente excepcionada pela Constituição, que elimina a possibilidade jurídica de existência de relação de emprego, por enfatizar outro aspecto singular também presente na mesma relação. Tais trabalhadores *lato sensu* não formam

vínculo contratual privatístico com os entes estatais a que servem, mas vínculo de natureza pública, sob padrão normativo distinto, juridicamente incomparável.

Desta forma, para alguns estudiosos, é inconcebível esticar o conceito de empregador a ponto de este abranger também o Poder Público (quando este último realiza sua função típica). Então, se o Poder Público, neste caso, não pode ser empregador, não poderá também ser demandado pelos servidores estatutários na Justiça do Trabalho.

3.3 Posicionamentos favoráveis

Sob outro ângulo, alguns estudiosos admitem a inclusão das demandas entre servidores públicos estatutários e a Administração Pública no rol de competência da justiça laboral, senão vejamos.

A relação de trabalho, segundo Delgado (2004, p. 285), engloba:

[...] todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes o mundo jurídico atual.

Portanto, sob este prisma, pode-se dizer que Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações cujas causas de pedir e pedidos envolvam relação de trabalho, qualquer que seja ela. Com isso, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as ações sobre os autônomos, os trabalhadores eventuais, os estatutários, os cooperados, entre outros. A competência, hoje, não é mais limitada apenas àquelas ações relativas às relações de emprego.

Para o ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Dalazen (2005, p. 98):

Está claro que a alusão a dissídios decorrentes de relação de trabalho com ente público é indicativa de que se transferiram para a órbita da Justiça do Trabalho todos os dissídios de servidor público, qualquer que seja o regime jurídico: celetista ou estatutário.

Ressalte-se o entendimento de Gasparini (2001, p. 155) a respeito desta celeuma:

Os servidores públicos são caracterizados pela profissionalidade (prestam serviços à Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública como profissionais), pela dependência do relacionamento (as entidades a que se vinculam prescrevem seus comportamentos nos mínimos detalhes, não lhes permitindo qualquer autonomia) e pela perenidade (não-eventualidade) da relação de trabalho que ajustaram com as referidas entidades. Não importa, então, o regime, estatutário ou celetista, pelo qual de vinculam à Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública, se a relação de trabalho é marcada por essas notas. Todos são servidores públicos.

Para este arguto doutrinador, a expressão servidores públicos designa os que prestam serviço sob o regime estatutário e os que executam serviço segundo o regime celetista para a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas. A expressão é de conteúdo amplo, abrigando, portanto, os titulares de cargo, função ou emprego público, devendo estar todos sob a égide da competência laboral.

No âmbito da Justiça do Trabalho, o entendimento que tem prevalecido coaduna-se com o de que esta Justiça especializada é competente para dirimir conflitos envolvendo os servidores públicos e a Administração Pública.

O TRT (Tribunal Regional do Trabalho) da 8ª Região promoveu nos dias 2, 3 e 4 de fevereiro de 2005 o Seminário sobre a Reforma do Judiciário, especialmente quanto à nova competência material da Justiça do Trabalho de acordo com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, ocasião em que foi editada a Carta de Belém. Nesse documento os magistrados daquele Tribunal firmaram o entendimento de que a relação de caráter jurídico-administrativo é espécie de relação de trabalho e insere-se na competência da Justiça do Trabalho.

No 2º Ciclo de Conferências da ANAMATRA, os juizes do trabalho do estado do Piauí chegaram a semelhante conclusão, *in verbis*:

VI – Servidores públicos: Compete à JT processar e julgar os dissídios de qualquer natureza envolvendo o poder público e os servidores celetistas. Quanto aos servidores públicos submetidos ao regime administrativo, o texto promulgado é claro no sentido de incluí-los na competência da JT. Mas por força de liminar em ADI, encontra-se suspenso este item.

A mudança textual realizada foi significativa. Antes a competência da Justiça do Trabalho era limitada às ações entre trabalhadores e empregadores, ou seja, decorrentes da relação de emprego, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. O novo texto, visando aumentar a competência da Justiça do Trabalho, fez uso, apenas, da expressão relação de trabalho, cujo significado é bem mais amplo do que o de relação de emprego, conforme exposto acima.

A relação firmada entre o servidor público estatutário e a administração pública é uma relação de trabalho, embora não seja uma relação de emprego em face da natureza jurídica do vínculo que une as partes (Regime Jurídico Estatutário ou Administrativo, e não a Consolidação das Leis do Trabalho).

Outro aspecto que conduz à semelhante conclusão é a mudança feita pelo plenário do Senado Federal no texto do inciso I do art. 114 da Constituição Federal, quando da votação do texto em segundo turno.

A redação do art. 114, inciso I, apresentada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, para o segundo turno, da PEC nº 29, de 2000 (nº 96, de 1999, na Câmara dos Deputados), texto que deu origem à atual Emenda Constitucional n.º45/2004, era a seguinte:

Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão**, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação. (Grifo nosso)

Os senadores, em plenário, suprimiram o trecho destacado, com o que eliminaram a exceção existente no Projeto de Emenda Constitucional n.º29/2000. Assim, inexistindo a ressalva que excluía da competência da Justiça do Trabalho "os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão", tem-se que eles estão, atualmente, submetidos à Justiça especializada.

Dessa forma, como não há na lei (*lato sensu*) palavras inúteis, e considerando que o conceito de relação de trabalho é pacífico na doutrina e na jurisprudência, conclui-se que o Constituinte derivado pretendeu, sim, incluir na competência da Justiça do Trabalho as ações propostas por servidores públicos estatutários. Contudo, tendo em vista que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, a última palavra sobre a questão analisada será dada pelos seus membros em sessão plenária, possivelmente quando do julgamento da ADIn n.º 3395, ajuizada pela AJUFE.

3.4 Entendimento jurisprudencial atual

A se considerar os parâmetros hermenêuticos acima dispostos, não caberiam dúvidas de que a competência para o processo e o julgamento das ações decorrentes das relações de trabalho estatutárias assistiria à Justiça do Trabalho, por faltantes ressalvas quaisquer a esse respeito. Isso porque todos os elementos caracterizadores da relação de trabalho pessoal estariam presentes: a prestação de trabalho humano, a pessoalidade (que sequer é mínima, equiparando-se, antes, à pessoalidade do próprio artigo 3º, *caput*, da CLT) e o caráter continuativo e coordenado (a rigor, subordinado, também à maneira do artigo 3º, *caput*, da CLT). Alguma discussão poderia haver em torno do fundo consensual, uma vez que a doutrina sempre distinguiu, no serviço público, entre os vínculos contratuais (empregos públicos, de regência celetista) e os vínculos institucionais (cargos e funções públicas de

regência estatutária), parecendo que, nos vínculos institucionais, o dado volitivo seria menos relevante.

Neste propósito, afirma Martins (2005, p. 74):

A rigor, o que distingue uma e outra hipótese é que o regime celetista é, por excelência, o padrão de regência dos contratos privados; e apenas na contratação privada há, em tese, margem para o exercício da liberdade contratual. Isso, porém, já revela como a distinção é, nessa parte, artificial, ao menos nos lindes do serviço público: seja o servidor contratado sob regime celetista ou sob regime estatutário, de todo modo estará sujeito aos vencimentos, à carga horária e às funções próprias do seu posto de trabalho, nos termos da lei que o criou e/ou autorizou o respectivo concurso público, sem qualquer margem para pré-pactuação ou mesmo para pós-pactuação.

Nada obstante, observa-se que, mesmo nos vínculos institucionais, a posse e o exercício configuram um ato jurídico de adesão do servidor ao estatuto regente do cargo ou da função. Dir-se-á, portanto, que na base do liame jurídico que une o servidor público à Administração está um ato-condição apto a carrear, ao servidor aderente, todo o complexo regramento consolidado no estatuto legal. No célebre pensamento de Duguit (apud, MARTINS, 2005), o ato-condição difere do contrato porque é mera condição jurídica da aplicação do direito objetivo (*in casu*, o estatuto), enquanto o contrato é um ato subjetivo, no qual o ato intelectual dos contratantes modula e determina o objeto da prestação, a extensão dos direitos e obrigações e o âmbito pessoal de validade do ato jurídico. Pensou-se mesmo que o contrato de trabalho seria, ele próprio, um ato-condição, face à enorme gama de normas imperativas inderrogáveis por vontade das partes; mas esse pensamento foi logo superado. No que diz respeito aos vínculos estatutários, porém, a hipótese admite perfeita subsunção ao modelo de Duguit (apud, MARTINS, 2005); e, ao mesmo tempo, evidencia desde logo que as relações jurídicas estatutárias entre o servidor público civil e a Administração têm fundo consensual irretorquível.

Assim, presentes todos os elementos caracterizadores do trabalho pessoal que reclama tutela autônoma da dignidade da pessoa humana, era mister reconhecer que, após a EC nº.

45/04, a competência para o conhecimento dos litígios entre estatutários e Administração era mesmo da Justiça do Trabalho. Somente uma ressalva constitucional poderia conduzir a outra ilação, dado o sentido ideológico da reforma — como ocorre, *mutatis mutandi* na legislação ordinária da Itália e de outros países da Europa.

Essa idéia, porém, soçobrou no Excelso Pretório. Na ADIn n. 3395, ajuizada pela Associação dos Juizes Federais, o Ministro Nelson Jobim entendeu, em liminar datada de 25.01.2005, que não havia qualquer traço de inconstitucionalidade no artigo 114, I, da CF (argumentava-se com a inconstitucionalidade formal, justamente por ter sido suprimida no Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados, a ressalva que retirava da Justiça do Trabalho a competência para o processo e o julgamento das lides estatutárias). Nada obstante, o Presidente do Supremo Tribunal Federal entendeu por bem deferir a medida liminar para vincular todos os órgãos do Poder Judiciário a uma interpretação conforme a Constituição que exclui, da competência material da Justiça do Trabalho, todas as ações oriundas de dissídios entre servidores estatutários e a Administração.

Desse modo, a decisão em comento suspendeu, *ad referendum* do Tribunal Pleno, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

Negando fundamento às razões da liminar e entendendo pela ampliação da competência para absorver as lides jurídico-administrativas encontra-se Mallet (2005, p. 75), dizendo que:

Cabe à Justiça do Trabalho, segundo o texto promulgado e publicado da Emenda Constitucional n. 45, o julgamento de ações envolvendo servidores públicos, tanto os sujeitos ao regime da CLT- tal qual se dava no direito anterior- como os vinculados ao regime estatutário e, inclusive, os ocupantes de cargos de confiança, de qualquer das entidades da Federação. Liminar deferida em controle de constitucionalidade, todavia, firmou interpretação em sentido diverso, embora inexistisse o requisito da pertinência

temática, o que deve levar à extinção, sem julgamento do mérito, do processo.

Na mesma esteira de pensamento vai Delgado, confirmando esta (2005, p. 287):

Sem entrar na discussão relativa à inconstitucionalidade formal do art. 114, inciso I, da Constituição da República e voltando o foco apenas para o sentido do texto normativo, não há como deixar de registrar o equívoco de qualquer interpretação que exclua os servidores públicos federais, estaduais e municipais do âmbito da competência trabalhista.

Outra linha de pensamento pugna pela exclusão da mencionada competência, mesmo que venha a ser recusada a aprovação da exclusão na Câmara dos Deputados, ou que pereça o objeto da ADIn referida.

Dallegrave (2005), no tocante a opção legislativa de inserir os servidores públicos vinculados por um regime jurídico-administrativo afirma não parecer adequada tal opção, já que a exemplo, os servidores estatutários são informados por princípios próprios do Direito Administrativo que em nada os identificam ou se aproximam das relações de trabalho travadas entre particulares.

Arnaldo Sussekind (2005) também afirma que o viés contratual das relações regidas pela CLT e pelo Código Civil, são bem diferentes do viés administrativo, e que seria impossível para a Justiça do Trabalho compatibilizar seus princípios com os relativos ao viés jurídico-administrativo.

Mas se tal conteúdo legislativo não foi aprovado pelas duas casas legislativas, como afirmado na ADIn 3.395, o inciso I do artigo 114 está mesmo sob sério risco de inconstitucionalidade formal. De outra banda, admitindo o dispositivo constitucional duas interpretações contrárias (uma que inclui e outra que exclui da competência da Justiça do Trabalho as lides estatutárias, mantendo-as sob a jurisdição da Justiça comum), o pedido sucessivo da ADIn 3.395, de interpretação conforme a Constituição, faz-se bastante

necessário. Cabe uma passagem sumária pela causa de pedir da ADIn, sem a pretensão de reproduzir o brilho dos seus subscritores.

A alegação de inconstitucionalidade formal funda-se principalmente na inexistência de idêntico texto (do inciso I do artigo 114) aprovado em dupla votação nas duas casas. O texto aprovado no Senado contemplava uma segunda parte ("exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação"), que na precedente votação na Câmara não existia. Seguiu para promulgação, onde acabou publicada a versão aprovada na Câmara (sem a segunda parte incluída pelo Senado).

Os advogados da ADIn sustentam que não houve visão de consenso, porque a alteração produziu modificação no sentido da proposição jurídica e, dessa forma, o processo legislativo próprio das emendas não foi cumprido (artigo 60, parágrafo 20, CF). Invoca-se analogicamente, também, a regra do veto parcial contida no parágrafo 2º do artigo 66 da CF, que proíbe a supressão de parte de artigo, parágrafo, inciso ou alínea.

Se houve ou não a visão de consenso das duas casas legislativas e se esta residiu na exclusão das relações estatutárias da nova competência da Justiça do Trabalho, é algo que ao próprio Congresso Nacional caberá dizer em primeiro lugar .

A segunda parte do inciso I do artigo 114 ("exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação"), inserida pelo Senado e que acabou ceifada na promulgação, alteraria o conteúdo do dispositivo, tornando-o fundamentalmente diferente da versão aprovada em dois turnos pela Câmara ou, abrindo margem para duas interpretações antônimas sobre qual órgão jurisdicional competirá, a partir da EC 45/04, decidir questões embrenhadas nas relações estatutárias.

Teixeira Filho (2005, p.135-136) chegou a consignar, justamente, que a versão votada pelo Senado faria cair por terra a passagem das lides estatutárias para a Justiça do Trabalho:

A propósito, a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das ações oriundas das relações de trabalho estatutárias, exercidas em face da administração pública, pode ser provisória, efêmera, se levarmos em conta a possibilidade de vir a ser aprovada a ressalva inserida no inciso I, do artigo 114, pelo Senado Federal, por força da qual ficavam excluídas da competência da Justiça do Trabalho as ações promovidas por 'servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação'. Essa ressalva, justamente por haver sido acrescentada pelo Senado, retornou à Câmara dos Deputados, a fim de ser discutida e votada. Caso seja aprovada, como dissemos, a Justiça do Trabalho terá subtraída a atual competência, no que respeita ao julgamento de ações envolvendo servidores públicos estatutários. Se isso, efetivamente, vier a ocorrer, a referida competência terá sido, como prenunciamos, fugaz e tempestuosa, qual uma chuva de verão, deixando atrás de si um rastro de confusão ou devastação, pois as ações postas na Justiça do Trabalho pelos funcionários públicos serão transferidas para a Justiça comum, Estadual ou Federal, conforme seja o caso, com todos os transtornos próprios dessas trasladação incidental de competência.

Wagner D. Giglio e Souto Maior (apud, MARTINS, 2005), não remarcam a competência da Justiça do Trabalho com todas as relações de trabalho. Sérgio Bermudes (2005) também é contra a interpretação lata de relação de trabalho. O juiz trabalhista Antônio Álvares da Silva (2005) vê a nova competência trabalhista com amplitude, nela incluindo as relações estatutárias, assim como Manoel Antônio Teixeira Filho (2005).

Teixeira Filho (2005, p.134) recorda que já tivemos norma constitucional declarando expressamente que a relação dos servidores estatutários com a administração pública tem essência de relação de trabalho:

[...] o conceito de relação de trabalho compreende, igualmente, os servidores públicos estatutários. A fim de que não sobre paire dúvida a respeito, torna-se relevante recordar que a Constituição Federal de 1967, com a redação imposta pela Emenda n. 1/69, dispunha, em seu art. 110: Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos.

Portanto, aquele texto constitucional do passado reconhecia de maneira expressa, haver relação de trabalho entre os servidores, estatutários, ou não, e a União, ou melhor, e a administração pública, em todos os seus níveis. É, precisamente, essa locução que se utilizou, agora, na redação do inciso I, do art. 114 (EC n. 45/2004). Referido conceito, entretanto, não espelha a tradição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Na petição inicial da ADIn 3.395, fez-se oportuna retrospectiva, a partir de votos condutores dos ministros Carlos Velloso (remetendo também a posicionamento do ministro Octavio Gallotti), Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso, todos no sentido de excluir do gênero relação de trabalho, o vínculo estatutário.

A força do conservadorismo nesta seara exibe-se intensamente. Não faz muito tempo que o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento em ADIn, obstando a migração das lides estatutárias para a Justiça do Trabalho. Lembra Teixeira Filho (2005, p.135) também:

O fato de a alínea 'e', art. 240, da Lei n. 8112/90 (dispondo sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais) haver atribuído competência à Justiça do Trabalho para apreciar as lides oriundas de relações de trabalho envolvendo servidores públicos estatutários. Esse dispositivo, todavia, acabou sendo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn n. 492-1-DF, tendo como Relator o Ministro Carlos Mário Velloso (in DJU de 12.3.93). Mais tarde, a Lei n. 9.527, de 10.12.97, revogou a mencionada letra 'e' (assim como a 'd').

Antônio Álvares da Silva (2005, p. 82) critica severamente a liminar concedida pelo ministro Nelson Jobim na ADIn 3.395, que agora foi ratificada pelo Plenário do Supremo:

Quando este capítulo já estava sendo escrito, a Nação foi surpreendida pelo despacho do Presidente do STF, Min. Nelson Jobim, que concedeu liminar, na Adin n. 3.395, para suspender toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC n. 45/04, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas que sejam instauradas entre o poder público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. O erro é enorme e o STF manteve jurisprudência anterior firmada com base na redação anterior do art. 114, não atentando para a nova redação dada pela EC n. 45 e a profunda alteração que trouxe ao citado artigo.

Dados os efeitos *erga omnes* dessa decisão, há de ser respeitada em primeira e segunda instâncias, por força dos mais comezinhos princípios de disciplina judiciária, sob pena de comprometer a segurança jurídica do sistema judiciário brasileiro. O que não impede, porém, que a doutrina faça a justa crítica à decisão, que tolhe um avanço histórico engendrado pela EC n. 45/2004.

Na base da EC 45/04, no que toca ao artigo 114 da Constituição, constata-se como princípio implícito o da unificação da jurisdição trabalhista, ou seja, agregando o fenômeno do trabalho no seu sentido mais amplo na mesma esfera judiciária. A Justiça do Trabalho deixou de ser uma Justiça do emprego, para se tornar uma Justiça especializada em atividades profissionais. As vantagens da unificação de todas as espécies de relações profissionais sob a mesma jurisdição são politicamente indiscutíveis, trazendo conseqüências para o próprio Direito Material do Trabalho, que até então tinha o emprego como centro do universo laboral, em torno do qual gravitavam, figuras contratuais semelhantes, algumas que já eram da competência da Justiça do Trabalho (trabalhador avulso, o temporário, o aprendiz, o doméstico, o rural e o pequeno empreiteiro).

Não mais se justificava uma Justiça especializada na interpretação e aplicação da CLT e legislação esparsa correlata, dado que o emprego vem cedendo terreno, estatisticamente, para outras formas de subsistência desde as últimas décadas do século passado. Do ponto de vista da história da humanidade, nunca se conheceu modelo produtivo eterno. Ao contrário, todos se superaram, de maneira que a crescente inanição do emprego não chega a constituir novidade.

No tocante ensina Dalazen (2005) que a Constituição fez não foi equiparar a relação de serviço público com a trabalhista, nem se podem confundir os campos diversos em que se situam: a primeira, no Direito Público, e a segunda, no Direito Privado. O que se pretendeu, a exemplo das demais hipóteses de ampliação, foi trazer para o processo do trabalho questões

que, pelo seu significado social, precisam de julgamentos rápidos, imediatos e objetivos. A atração das outras espécies de relação de trabalho para a esfera da Justiça do Trabalho não a desconfigura enquanto Justiça especializada, ao contrário do sentimento de alguns. Muito pelo contrário: só faz colorir a especialidade da Justiça laboral que, não fosse restaurada pela EC 45/04, minguarda muito em breve.

Ao decidir causas de servidor público, a Justiça do Trabalho não vai revogar a Lei 8.112/90 para aplicar-lhes a CLT. O servidor público vai continuar sendo regido pela lei própria, mas terá as vantagens do processo. Não se há de confundir o processo, que tem natureza instrumental, com as leis materiais, que regulam os bens da vida e as relações humanas.

Impende rememorar que o art. 240, alínea e da Lei n.º 8112/90 já cometeu tal competência material outrora à Justiça do Trabalho, que somente não subsistiu porque declarada a inconstitucionalidade material do preceito pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, as razões básicas que ditaram a aludida declaração de inconstitucionalidade material flagrantemente não mais subsistem, a começar da circunstância óbvia de que não há confronto de lei ordinária com norma constitucional. E mesmo que houvesse esse confronto, apenas para argumentar, não remanesce qualquer dos motivos invocados para a declaração de inconstitucionalidade material. Com efeito: o texto atual do art. 114 inciso I não mais alude a dissídio entre trabalhador e empregador; tampouco consta a representação classista da estrutura da Justiça do Trabalho; ademais, declarou-se então a inconstitucionalidade também à luz de uma norma constitucional hoje inexistente (art. 39), que previra regime jurídico único dos servidores públicos.

Neste esteio, explicita Dalazen (2005, p. 102):

É forçoso convir que não se afigura razoável a sistemática prevalecente antes da EC nº. 45/2004 de cindir-se a competência consoante o regime jurídico. Recorde-se que no caso do servidor público federal, por exemplo, a limitação da competência da Justiça do Trabalho até 11.12.90 (Lei nº 8112, de 10.12.90) levava o servidor, muitas vezes, a demandar

sucessivamente na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal por um mesmo direito, o que poderia gerar, inclusive, decisões conflitantes.

Além disso, essa dualidade de competência gerou um quadro perverso para o servidor e um privilégio injustificável à Administração Pública. Porque ensejou à Administração Pública, ao sabor de suas conveniências, eleger o segmento do Poder Judiciário competente, mediante mudança do regime jurídico do servidor.

De maneira que sobejam motivos para se confiar à Justiça do Trabalho a solução do litígio entre o servidor público estatutário e a Administração Pública, o que se dará, naturalmente, sob o enfoque integral do Direito Público.

A pergunta que fazemos agora é a seguinte: será que ainda existe relação tipicamente estatutária ou de natureza administrativa no serviço público brasileiro?

São vários os fatores que denotam o superamento, pelo Direito Constitucional brasileiro, da relação jurídica estatutária entre o servidor e o Estado: emprego público ao lado de cargo público, aplicação ao servidor público de 16 itens dos 34 direitos garantidos aos trabalhadores urbanos e rurais, extensão ao servidor público do direito de sindicalização e greve, inexistência de regime jurídico único e permissão de contratação de servidores celetistas para o preenchimento de empregos públicos - Lei n. 9.962/00.

Em suma, analisados os fundamentos da ADIn 3.395, verifica-se que as relações estatutárias se incluem no gênero relação trabalho, do mesmo modo que considera-se a unificação da jurisdição trabalhista um avanço institucional. Mas já não tem-se a mesma certeza inabalável de que a alteração do artigo 114, no particular, resultou da visão de consenso das casas legislativas, ou que foi cumprido regularmente o processo legislativo para emendar a Constituição (artigo 60, parágrafo 2º, CF).

Qualquer que venha a ser a decisão de fundo da ADIn 3.395 que venha logo, porque a indefinição de competência só fará patinar a entrega da tutela jurisdicional: as medidas liminares não são dotadas de definitividade e imutabilidade, exclusivas da coisa julgada. No entanto, os julgados restritivos permitem entrever que a consolidação das novas competências trazidas pela EC n. 45/04 não será tranqüila nem generosa. Assiste-se, uma vez

mais, à construção prudencial do Direito — já para além dos lindes do Direito do Trabalho, no sentido da delimitação objetiva do universo casuístico que doravante integrará o âmbito de competência material da Justiça do Trabalho. Espera-se que, ao final, prevaleça a extensão humanizadora e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho possa concretamente atender aos seus objetivos sociais e políticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se no direito comparado uma tendência abrangente e expansionista da concepção de conflito trabalhista, com natural repercussão na competência da Justiça do Trabalho que, por isso mesmo, experimenta crescente ampliação, de modo a romper a identificação exclusiva e absoluta desse segmento do Poder Judiciário com a lide entre empregado e empregador. Seguramente a mais notável inovação repousa na competência material da Justiça Laboral para lides oriundas da relação de trabalho.

Note-se que o texto constitucional aludia a “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”, bem como conferia competência, “na forma da lei” para “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”. Por isso, sob o signo de tal mandamento constitucional, fixou-se o entendimento de que a própria Constituição Federal atribui à Justiça do Trabalho dirimir os litígios entre empregados e empregadores (conflitos trabalhistas típicos), mas reservou-se à lei a possibilidade de estender tal competência a litígios vinculados por uma relação de trabalho em sentido lato.

Logo, duas conclusões então se extraíram: para os conflitos individuais emanados da relação de emprego, a fonte material da Justiça do Trabalho era a própria Constituição Federal; diversamente, para os conflitos individuais (atípicos) emanados da relação de trabalho, a fonte da competência material era a lei ordinária.

Sobrevindo a EC n.º 45/2004, não se vincula mais a competência material da Justiça do Trabalho estritamente à lide emanada da relação de emprego e entre os respectivos sujeitos. Vinca-se dita competência à lide advinda da relação de trabalho.

A pesquisa planeou desvendar os alcances interpretativos do termo relação de trabalho, para fins da mencionada competência. Não se constituindo em um estudo minucioso do alcance interpretativo do termo, mas numa elucidação sobre a relação jurídico-

administrativa que une os servidores públicos estatutários e a administração Pública, com o intuito de perquirir acerca da absorção, ou não, pela competência da Justiça do Trabalho, dos conflitos que envolvam os sujeitos acima epigrafados.

A partir do estudo dessa relação jurídico-administrativa e das inovações implementadas pela emenda 45 na seara competencial da Justiça Laboral, chegou-se à conclusão que a Justiça do Trabalho deixou de ser um ramo especializado do Poder Judiciário que dirimia relações de trabalho informadas precipuamente pelo elemento subordinação, como sói acontecer nos litígios oriundos dos contratos de trabalho, onde figura em um dos pólos da relação jurídica um empregador e no pólo oposto um empregado, na exata dicção contida no artigo 3º da CLT.

A Justiça do Trabalho, além dos conflitos intersubjetivos de interesse que têm origem na relação de emprego, passa agora a ter competência igualmente pra dirimir toda e qualquer ação oriunda da relação de trabalho, independentemente de existir na relação jurídica o tónus subordinativo, bastando que uma pessoa física preste para outra pessoa, seja física, jurídica, ou de direito público externo ou interno, determinados serviços típicos de um contrato de atividade.

Para tanto, consubstanciando uma base para a discussão, tratou-se primeiramente dos regimes jurídicos dos servidores públicos, dando-se prioridade ao objeto principal deste trabalho, qual seja, os servidores públicos estatutários. Dentro desta ótica, buscou-se apresentar de forma sucinta as teorias sobre a natureza do vínculo servidor-Estado e empregado-empregador, considerando-se que ambos os vínculos são espécie do gênero relação de trabalho e pelo simples fato de consistirem, igualmente, em espécies de prestação de trabalho subordinado, mas não escravo, identificou-se em ambos o viés contratual, já que a possibilidade de alteração unilateral da relação não é excludente da natureza contratual de um instituto. De fato, tanto no Direito do Trabalho em que existe o *jus variandi* do empregador,

quanto no próprio Direito Administrativo, verifica-se a possibilidade de alteração unilateral da relação, sem que perca seu caráter contratual.

Viu-se que, que pelo fato de o regime da função pública ser previsto em lei, as alterações deste regime derivam igualmente de determinações legais. Neste viés, conforme já afirmado, tais alterações não decorrem de ato unilateral de uma das partes, porquanto não é o Estado-sujeito-de-direito e, portanto, parte na relação que as determina, mas o Estado-ordem-jurídica.

Assinalou-se ainda que se há subordinação na relação de função pública, esta não é de pessoa a pessoa, mas é subordinação objetiva, regrada juridicamente. Não deriva, pois, da qualidade das pessoas, mas da situação jurídica criada pela norma que regula a relação. A subordinação do agente não advém do comparecimento do Estado no vínculo travado. Também no Direito do Trabalho, o empregado encontra-se subordinado em face do empregador, porquanto a subordinação é aspecto comum a qualquer relação de trato sucessivo.

A pesquisa desde o início teve profunda conotação interpretativa do termo relação de trabalho. A primeira parcela dessa interpretação foi dada no segundo capítulo, chegando-se à conclusão de que a relação de trabalho resta configurada como aquela que uma pessoa presta serviços a outra sem a exigência da subordinação, continuidade ou onerosidade.

Com patente caráter científico e elucidativo foi apresentado o conceito de relação de trabalho, fazendo distinção com a relação de emprego. No passo seguinte ao analisar cada requisito da relação de emprego iniciou-se a clara interpretação do termo. Elaborando uma sistematização dos requisitos apresentados no corpo do trabalho, concluiu-se pela adoção dos seguintes elementos que caracterizam a relação de trabalho: a exigência de uma personalidade mínima, a não-continuidade, a não-subordinação e a não-onerosidade.

Nada obstante a relação jurídico-administrativa apresenta tais elementos, caracterizando-a mais ainda como matéria inserta na competência trabalhista, haja vista que o servidor público estatutário tem que primar pela pessoalidade, a ponto de receber uma advertência, caso delegue funções a uma pessoa estranha do quadro administrativo da entidade em que trabalha, ou mesmo uma suspensão, caso tal delegação seja para um outro servidor que não tenha ordem para executar tal serviço; tem que trabalhar continuamente, cumprindo seu horário de trabalho como qualquer outro empregado, sujeitando-se a faltas e descontos no salário em decorrência destas, assim como, a própria demissão, caso configure-se o abandono de cargo ou a inassiduidade habitual, é subordinado às normas instituídas, bem como recebe seu salário em troca dos serviços prestados, repita-se, como qualquer trabalhador.

Vislumbraram-se ainda as teorias que discutem o alcance da expressão relação de trabalho no ordenamento jurídico, certificando-se que, em que pese as diversas opiniões acerca da amplitude desta expressão, a mesma, indiscutivelmente, elasteceu sobremodo a competência material da Justiça do Trabalho a ponto de absorver situações híbridas, até então não previstas na seara competencial desta Justiça Especializada.

O ponto crucial da pesquisa, constituindo a problemática deste estudo, foi o de que se haveria ser o órgão trabalhista responsável pela composição dos litígios entre a Administração Pública e seus servidores ligados por um vínculo jurídico-administrativo.

Inequivocadamente, o art. 114 inciso I padece de uma redação defeituosa e tecnicamente imprópria que bem se explica no processo legislativo que redundou na EC n.º45/2004.

Embora essa matéria ainda não tenha sido analisada pelo Pleno do colendo Supremo Tribunal Federal após o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o Presidente daquela Corte, ao apreciar o pedido de liminar formulado pela AJUFE na ADIn n.º 3395, suspendeu,

"*ad referendum*", toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a competência para apreciação das ações ajuizadas pelos servidores públicos estatutários.

Verificou-se do teor da decisão que o eminente Ministro Nelson Jobin entende que, mesmo após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, a competência para processar e julgar as ações ajuizadas pelos servidores públicos estatutários é da Justiça Comum Federal ou Estadual, conforme se trate de servidores públicos federais ou estaduais e municipais, respectivamente. Para o Ministro, a Emenda não alterou, nesse particular, a competência da Justiça do Trabalho.

Esta não é, ainda, a decisão final do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Trata-se, apenas, do entendimento do seu Presidente, manifestado em uma decisão monocrática. Entretanto, vale ressaltar, desde já, que como a decisão plenária será tomada em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta (federal, estadual e municipal).

Assim, seja qual for o entendimento adotado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, ele deverá ser seguido. Isso possibilitará o ajuizamento de Reclamação Constitucional na hipótese de inobservância da decisão da excelsa Corte.

De outra banda, mostrou-se que há os que acreditam que sintomático desse manifesto intuito do legislador é também o fato de que, diferentemente da redação anterior do art. 114, a atual não repisa a referência a dissídio entre trabalhadores e empregadores. O silêncio eloqüente acerca dos sujeitos em que se pode configurar um dissídio advindo da relação de trabalho também sinaliza, iniludivelmente, que se objetivou mesmo a expansão dos domínios

da Justiça do Trabalho, de maneira a inscrever em sua esfera muitos outros litígios derivantes da relação de trabalho em sentido lato.

Transparece, portanto, para os que assim pensam, nítida e insofismável, à luz de uma interpretação histórica do processo legislativo da EC n.º 45/2004, que a *mens legislatoris* foi a de repelir a identificação da competência material da Justiça do Trabalho estritamente com os dissídios emergentes da relação de emprego. Houve, sim, deliberada vontade do Congresso Nacional, expressa em sucessivos momentos, de alargar os horizontes da atuação da Justiça do Trabalho, sobretudo no que se renegou a locução “da relação de emprego”, preferindo-se a esta a locução, muito mais ampla e genérica, “da relação de trabalho”.

Por fim cumpre mencionar que, apesar de se entender que os argumentos e conclusões aqui expostos sejam os mais adequados para a consecução da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, será a jurisprudência firmada pelos Tribunais Superiores, notadamente o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal, que definirá o alcance do termo relação de trabalho e sua devida interpretação a ser utilizada no tocante ao vínculo que liga o servidor público estatutário e a Administração Pública. Resta esperar por tais posicionamentos finais que até o momento ainda não advieram.

Contudo, a confiança do constituinte derivado na Justiça do Trabalho é significativa e não pode ser frustrada, como símbolo da vontade do Povo brasileiro, que espera, sobretudo deste ramo judiciário especializado, a resposta a suas aflições e anseios de justiça num Estado verdadeiramente de Direito.

A Reforma do Judiciário, com efeito, não resta concluída pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, nem ainda estará com a conclusão do exame da PEC paralela pelo Congresso Nacional (Proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, em tramitação na Câmara dos Deputados), dependendo, em muitas situações, de regramentos novos no âmbito processual material.

Mas, para, além disso, a Reforma do Judiciário apenas conseguirá os efeitos almejados por todos quando os próprios magistrados perceberem que tudo agora é apenas o início de novos rumos, sem ter medo de trilhar o caminho novo. Para a Justiça do Trabalho, principalmente, são muitas as novas trilhas a serem exploradas.

Diante de tais considerações, engendra a Justiça do Trabalho em novos desafios para os quais deverá dar respostas satisfatórias, eficazes e céleres. Vale dizer que a especialização aumenta a produtividade pelo conhecimento mais aguçado do especialista.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v.2. São Paulo: LTr, 2003.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A natureza jurídica da relação de trabalho (novas competências da Justiça do Trabalho). In: **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. Coordenadores, COUTINHO, Grijalbo Fernandese, FAVA, Marcos Neves. São Paulo: LTr, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERMUDES, Sérgio. A reforma do Judiciário pela emenda constitucional n. 45. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.935**. Disponível em [http:// www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 13/09/2006.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário n. 21996/97, Terceira Região, Segunda Turma. Minas Gerais, 21/08/98**. Disponível em: [http:// www.trt3.gov.br](http://www.trt3.gov.br). Acesso em 20/10/2006.

BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRION, Valetin. **Comentários à CLT**. 22^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALAZEN, João Oreste. A Reforma do Judiciário Trabalhista e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil. In: **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. Coordenadores, COUTINHO, Grijalbo Fernandese, FAVA, Marcos Neves. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, Vasco Manoel Pascoal. **Analisando a evolução do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MALLET, Estevão. Apontamento sobre a competência da Justiça do Trabalho após a emenda constitucional n. 45. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol.71, n.1, 2005.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto. **Curso Prático de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A competência da Justiça do Trabalho para a relação de trabalho. In: **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. Coordenadores, COUTINHO, Grijalbo Fernandese, FAVA, Marcos Neves. São Paulo: LTr, 2005.

NETTO, José Afonso Dallegrave. A nova competência trabalhista para julgar ações oriundas da relação de trabalho. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol.71, n. 1, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Brandão. **Manual de Direito Administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

RODRIGUES, Rodnei Doreto; RODRIGUES, Gustavo Doreto. A nova competência da Justiça do Trabalho – Uma arborescência inicial. In: **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. Coordenadores, COUTINHO, Grijalbo Fernandese, FAVA, Marcos Neves. São Paulo: LTr, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, Antônio Álvares. **Pequeno tratado da nova competência trabalhista**. São Paulo: LTr, 2005.

SOUZA, Éderson Felix. **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**. São Paulo: Tático, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo. As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol.71, n.1, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Breves comentários à reforma da Poder Judiciário**. São Paulo: LTr, 2005.

VILHENA, Oscar Vieira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.