

O AVISO PRÉVIO NAS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Alana Maria Soares Cavalcante Colares
Bacharela em Direito

Resumo

O presente estudo tem como objetivo investigar o Aviso prévio nas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, buscando respostas para as lacunas legislativas acerca do tema. Investiga-se, por conseguinte, a matéria constante na Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e jurisprudência dos Tribunais Superiores. O trabalho tem como escopo buscar soluções para questionamentos acerca do cumprimento do aviso em caso de obtenção de novo emprego, bem como a possibilidade de retratação no caso específico das empresas públicas prestadoras de serviço público, uma vez que a questão não tem sido objeto de outros estudos na área, concluindo-se pela necessidade de se aprofundar na matéria, de forma a entender quais são os pressupostos e requisitos para que empregados vinculados a esse tipo específico de empresa tenham assegurados os direitos previstos na legislação trabalhista.

Palavras-chave: Aviso prévio. Empresa Pública. Novo emprego. Serviço público. Retratação.

Abstract

The present study aims to investigate the notice in the public utilities public companies, seeking answers to the legislative gaps on the subject. Investigating, therefore, the matters contained in the Federal Constitution, Consolidated Labor Laws and jurisprudence of the Superior Courts. The work is scoped to seek solutions to questions regarding compliance with the notice in the event of getting a new job, and the possibility of withdrawal in the specific case of public service providing public companies, since the issue has not been the subject of other studies in the area, concluding the need to delve into the matter in order to understand what are the assumptions and requirements for employees relating to this particular type of company have the rights provided for in labor legislation ensured.

Keywords: Early warning. Public company. New job. Public service. Retraction.

1 Introdução

O Estado brasileiro tem sido cobrado em sua eficiência e produtividade, especialmente quando pensamos num modelo que taxa em quase 40% as atividades produtivas e pouco retorna à sua população, tais como serviços de saúde e educação.

Ao longo dos anos, buscando melhorar a gestão dos serviços públicos, houve a incorporação de diversos instrumentos à prática da gestão pública, a exemplo das sociedades de economia mista e empresas públicas, cujos capitais constituidores são oriundos da esfera pública, mas os moldes de atuação estão mais próximos da iniciativa privada.

A inserção de “personagens” com características públicas e privadas, submetidas em determinados momentos ao regramento jurídico privado e, em outros, ao regime jurídico público, dá-lhes características híbridas, motivando o estudo particular pelo Direito Administrativo e gerando estudos interdisciplinares com matérias da seara privada, como é o caso do presente trabalho, cuja matéria é intersetorial, contemplando tópicos tanto do Direito Administrativo quanto do Direito do Trabalho.

Os problemas apresentados pelas empresas retrocitadas são solucionados também de forma mista, pois as fontes de solução encontram-se pulverizadas em institutos de direito público e de direito privado.

Debruçamo-nos, então, sobre questões relativas ao rompimento do contrato de trabalho entre empregados e empresas públicas prestadoras de serviços públicos, especialmente no que se refere ao Aviso prévio, instituto há muito conhecido na seara trabalhista, mas pouco estudado na esfera pública, uma vez que a estabilidade nas relações trabalhistas entre o Poder Público e seus servidores conduz o rompimento contratual à esfera da excepcionalidade.

O questionamento central gira em torno de dois temas: primeiro, a obrigatoriedade do cumprimento do aviso prévio mesmo quando o empregado tenha sido admitido em novo emprego, como ocorre com a assunção de cargos públicos para os quais tenha sido aprovado; num segundo momento, analisamos a possibilidade de retratação do aviso, ou seja, a desistência do rompimento do contrato de trabalho implica, necessariamente, a aceitação por parte do notificado? No caso das empresas públicas prestadoras de serviço público, há necessidade de motivação para a recusa do ato?

Nosso estudo busca encontrar elementos na Doutrina, Legislação e

Jurisprudência para solucionar pontos controversos em relação ao desconto do Aviso prévio em caso de obtenção de novo emprego, bem como a possibilidade de retratação (e aceitação) desse mesmo aviso por parte das pessoas envolvidas nessa relação jurídica específica.

2 Empresas Públicas: surgimento, conceito e princípios aplicáveis

Ao lidarmos com o Direito Administrativo, seja ele o contratual, econômico ou regulatório (dentre outros sub-ramos), devemos ter em mente que seu princípio máximo norteador é a supremacia do interesse público. Não há que se falar em Direito Administrativo se, dentre todos os princípios a serem observados e obedecidos, não for o interesse público priorizado nas relações entre a Administração Pública e os demais entes e pessoas com as quais ela se relaciona, afinal, a origem do Estado e o conceito contemporâneo que utilizamos para defini-lo parte do pressuposto de sobreposição dos interesses da coletividade sobre os interesses meramente particulares, com vistas a alcançar o bem-estar público e social, realizando, dessa forma, necessidades básicas dos administrados.

A repartição de funções do poder do Estado resulta na distribuição de atividades entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, cabendo a este último – de forma prioritária, mas não exclusiva – a execução da vontade da lei.

A Administração Pública pode ser definida, de acordo com LUCIA VALLE FIGUEIREDO (2006, p. 37), como:

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.

Tal função é orientada, conforme ditames constitucionais (art. 37, *caput*), pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (havendo outros princípios implícitos na própria CF/88, bem como outros dispersos na legislação infraconstitucional).

Uma das formas de se buscar a eficiência administrativa é se utilizar da descentralização, instituto que se caracteriza por outorgar a pesso-

as jurídicas de direito privado (dentre as quais as empresas públicas e sociedades de economia mista) a realização de atividades delegadas pelo Estado.

Acerca das empresas públicas, é interessante trazer os apontamentos de ALOÍZIO ZIMMER JÚNIOR (www.stf.jus.br/repositorio):

Como regra, as empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, com patrimônio próprio e com capital exclusivo do Estado; entretanto, admitem a participação excepcional de outros entes e de outras entidades de Administração Direta e Indireta na sua composição. A maioria do capital votante, de toda sorte, deve pertencer ao ente da Federação; no âmbito federal, a União. São autorizadas por lei (art. 37, XLIX), com estatuto próprio, devidamente registrado (atos de constituição arquivados) na Junta Comercial (se sociedade mercantil), ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (se sociedade civil).

Como já se sabe, são pessoas jurídicas de Direito Privado 1, incumbidas de prestar serviço público ou exercer atividade econômica em situações de exceção (CF, art. 173). Autorizadas por lei, só desaparecem por lei (Decreto-Lei 200/1967, art. 5.º, II; Decreto-Lei 900/1967, art. 5.º). Sua raiz é o Direito Privado, sua natureza é civil, contudo sofrem ponderações ou diminuições em sua autonomia a partir das regras de Direito Público.

Importa ressaltar que uma vez atuando no mercado privado, tem-se a (errônea) ideia de que a Administração Pública se equipara totalmente a qualquer empresa privada. Ainda que em determinadas e específicas situações haja efetiva equiparação (a exemplo das isenções tributárias não extensíveis às demais empresas privadas), na realização de suas atividades não pode ser afastada a realização do interesse público, dada a sua supremacia e estando em confronto normas que regem as relações privadas (sejam elas no âmbito comercial, trabalhista ou consumerista, por exemplo) e o interesse público, deve esse ser *sempre* priorizado, implicando nulidade todos os atos que contrariarem, ainda que de forma indireta, esse princípio máximo do Direito Administrativo (é nesse sentido que foi editada a Súmula 473 do STF, cujo teor prevê a possibilidade de anulação de seus próprios atos, quando constatada a sua ilegalidade).

As empresas públicas, como objeto primordial de nosso estudo, tanto podem prestar serviços públicos quanto privados, ou seja, podem atuar no mercado de consumo, competindo com as demais empresas privadas ou sendo criadas para a prestação de serviços públicos, de forma a garantir melhor eficiência na gestão dos recursos públicos àquela área destinados.

Um exemplo dessa última categoria é o da Empresa Pública EBSEH (Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares), cujo histórico de criação, no ano de 2011, liga-se à necessidade de recuperar os hospitais vinculados às universidades federais. Ou seja, a empresa pública firma contrato com os hospitais universitários federais e passa a atuar de forma a reestruturar e modernizar a gestão de tais hospitais.

3 O contrato de trabalho dos empregados das Empresas Públicas

Resumidamente, podemos dizer que o contrato de trabalho é celebrado entre duas pessoas: uma física (obrigatoriamente), que é o trabalhador¹, e uma jurídica (ou física) que é a empregadora.

Para a celebração de tal contrato na esfera exclusivamente privada, basta que ambos os agentes preencham os requisitos dos negócios jurídicos em geral e obedeçam às especificidades elencadas na legislação trabalhista (como a idade mínima para o trabalho, por exemplo), sendo tal contrato regido pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Quando tratamos da esfera pública, o simples elemento volitivo não pode dar ensejo à celebração do contrato, uma vez que a Constituição Federal de 1988 impõe como requisito à contratação de servidores públicos a prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, conforme dispõe o artigo 37, II e §2º. Assim, para que haja prestação de serviço público *intuitu personae*, torna-se necessário que o agente não somente queira ser servidor público e a Administração Pública – em qualquer esfera de poder – aceite tal condição; há o requisito prévio e objetivo de submissão a um certame.

Uma vez aprovado em concurso público, o servidor pode ser nomeado para o exercício em cargo previsto e regulamentado por lei, submetendo-se a um regime denominado de “regime jurídico único”, ou seja, todas as nuances relativas ao exercício de sua atividade estão previstas e delimitadas por lei, sendo somente por esta modificadas.

Tal regime, contudo, não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista, uma vez que sua constituição e funcionamento são regidos por normas de direito privado parcialmente derogadas por

¹ Aqui devemos ressaltar que o Direito do Trabalho diferencia trabalhador (gênero) de empregado (espécie).

normas de direito público (a exemplo do que ocorre na celebração de contratos, contratação de servidores e submissão à licitação).

Os empregados dessas empresas são submetidos a concurso público (conforme ditame constitucional), mas seu regime de trabalho está vinculado ao que dispõe a CLT, ou seja, a admissão se submete ao regime público de contratação de servidores (via concurso público), mas todas as demais regras relativas àquele trabalho estão previstas na legislação trabalhista privada – inclusive quanto ao rompimento contratual trabalhista.

4 Do rompimento contratual

Dentre as várias formas de pôr fim à relação contratual estabelecida, estudaremos aqui a resolução contratual a pedido do empregado e suas consequências nas empresas públicas prestadoras de serviços públicos.

O fim da relação contratual a pedido do empregado tem um pressuposto constitucional: a liberdade (ou seja, a única limitação admissível é a imposta pela própria Constituição ou legislação que ela apontar com atributos para tanto). Assim, tanto o empregado possui liberdade de escolha para trabalhar (onde, quando e em quais circunstâncias), como para não trabalhar (com ou sem motivação aparente), rompendo o contrato de trabalho.

Uma das formas possíveis (e comum) de rompimento é o acesso a novo emprego, ou seja, o empregado encontra-se trabalhando para determinada empresa e, em certo momento da relação, uma outra oportunidade se apresenta, motivando a saída do empregado.

Nesse momento, questiona-se: quais são os direitos e deveres de empregado e empregador quando há o encerramento do contrato a pedido do primeiro?

Uma das obrigações é a do empregador pagar pelo serviço efetivamente prestado pelo empregado, gerando o direito ao empregado de receber a contraprestação pecuniária devida.

Há outro direito/dever que nos interessa mais de perto para o estudo do presente tema: o Aviso prévio, visto que ele está intrinsecamente ligado aos rompimentos contratuais inesperados, ou seja, quando uma das partes não supõe que aquela relação irá terminar em certo e determinado prazo, uma vez que a regra é sua indeterminação.

O Direito do Trabalho prevê o Aviso prévio como um direito e dever tanto do empregado quanto do empregador. É um dos poucos institutos no Direito do Trabalho que têm natureza dúplice, ou seja, é direito e obrigação

de ambas as partes contratantes (empregado e empregador). Entretanto, seu exercício possui regras próprias (que estão previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – arts. 487 a 491), inclusive quanto ao Aviso prévio que é dado pelo empregado – como é o caso do nosso estudo.

Mas o que vem a ser o Aviso prévio?

O Aviso prévio existe ordinariamente nas relações sem prazo determinado de encerramento, ou seja, nos contratos com prazo indeterminado. Consiste na comunicação que uma parte faz à outra de seu desejo de encerrar a relação contratual em curso, permitindo que a outra ou substitua o empregado (com tempo hábil para seleção e treinamento do substituto, nos casos de encerramento a pedido do empregado) ou que se recoloca no mercado (com prazo razoável para pesquisa de oportunidades, requalificação e participação em processos seletivos).

O Aviso prévio também possui natureza salarial, uma vez que, no seu curso, o contrato de trabalho continua com plena vigência e persistem todos os direitos e obrigações para ambas as partes, com exceção daquelas que a lei expressamente prevê como diferenciadas nesse período (a exemplo da jornada de trabalho – que é diminuída para o empregado quando o aviso é dado pelo empregador).

Atualmente, além dessas funções, o aviso tem caráter indenizatório, sendo proporcional ao tempo de trabalho (superior a um ano).

Uma questão pouco falada, mas que gera controvérsias na prática trabalhista, é a dispensa ou cumprimento do Aviso prévio em caso de obtenção de novo emprego. A opção por uma ou pelo outro representa motivo de embate entre empregado e empregador, uma vez que o cumprimento ou não do aviso tem repercussão salarial direta: o desconto (ou não) do valor relativo a um mês de remuneração.

Continuemos com o exemplo da EBSERH (empresa pública prestadora do serviço público de saúde): suponhamos que determinada pessoa tenha se submetido a concurso público para o cargo de enfermeira no Hospital Público “X”, vinculado à Universidade Federal do Ceará. Encontra-se em pleno exercício da função quando é chamada para assumir a mesma função (via concurso público, obviamente) no Hospital Público “Y”, vinculado à Universidade Federal da Paraíba. Questiona-se: o prazo relativo ao Aviso prévio será descontado das verbas rescisórias do empregado ou ele irá ser dispensado do cumprimento do aviso e receberá somente pelos dias efetivamente trabalhados?

De acordo com o Precedente Normativo 24 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), “*O empregado despedido fica dispensado do cumprimento do Aviso prévio quando comprovar a obtenção de novo emprego, desonerando a empresa do pagamento dos dias não trabalhados*”.

Note-se que precedente trata do empregado “despedido”, mas silencia sobre aquele que pede demissão.

Na prática trabalhista, o Ministério do Trabalho e Emprego autua as empresas que “multam” os empregados que não trabalham todo o período do aviso, por motivo de obtenção de novo emprego.

Sobre isso, conclui o Auditor Fiscal do Trabalho, José Carlos Batista:

A ocorrência de caso fortuito ou motivo de força maior desobrigam o cumprimento do Aviso prévio. O pedido de demissão em virtude de novo emprego não é caso fortuito ou motivo de força maior, mas é um justo motivo. O justo motivo desobriga o empregado de cumprir o Aviso prévio. Assim está grafado no caput do artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O trabalhador que pede demissão em virtude de surgimento de novo emprego privado, ou em virtude de aprovação em concurso público faz jus, por uma questão de direito fundamental alicerçado no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal a ser dispensado por seu empregador de cumprir (de pagar) o Aviso prévio, vez que a República Federativa do Brasil estabelece ser um direito fundamental os valores sociais do trabalho. (...)

Ou seja, para o auditor, ainda que não haja previsão legal expressa quanto ao motivo de rompimento do contrato de trabalho por iniciativa do empregado em virtude da obtenção de novo emprego, tal se classificaria dentre aquelas hipóteses – doutrinariamente justificadas – de rompimento do vínculo contratual sem penalização ao empregado. Assim, para aquele autor,

Se fosse o caso do empregador haver dispensado o empregado sem justa causa, poderíamos aplicar a Súmula 276 do TST e o Precedente Normativo 24 também do TST:

“Súmula 276 – Aviso prévio. Renúncia pelo empregado – O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.”

“Precedente Normativo 24 – O empregado despedido fica dispensado do cumprimento do Aviso prévio quando comprovar a

obtenção de novo emprego, desonerando a empresa do pagamento dos dias não trabalhados”.

Então, tanto a súmula quanto o precedente normativo tratam do caso de despedida do trabalhador por parte do empregador:

No caso de pedido de demissão por motivo de novo emprego, também é justo que o trabalhador não sofra o desconto do aviso prévio. Ou, melhor esclarecendo: o que vale para o caso do empregador dispensar o trabalhador, também deve prevalecer para o caso do trabalhador que pedir demissão para assumir novo emprego ou cargo público.

Em relação ao tratamento dispensado pelo Ministério do Trabalho e Emprego para casos postos à sua apreciação, o auditor é enfático quanto ao posicionamento daquela instituição:

É exatamente nesse sentido a redação do artigo 15 da Instrução Normativa nº 15, de 14 de julho de 2010, da Secretaria de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, que estabelece procedimentos para assistência e homologação na rescisão de contrato de trabalho:

“Art. 15 – O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado, salvo se houver comprovação de que ele obteve novo emprego.”

O artigo 15 acima transcrito não faz distinção entre a dispensa feita pelo empregador e o pedido de demissão. Ou seja, o artigo 15 trata de forma igualitária as duas situações.

O que se pode concluir é que a empresa não fica obrigada a pagar o aviso prévio, mas também não pode multar o empregado, descontando os dias não cumpridos do aviso prévio, pelos dias que ele não conseguir trabalhar por ter começado no novo emprego. Assim, se o empregado só trabalha quinze dias do aviso, a empresa lhe paga os quinze dias trabalhados e não pode descontar os outros quinze.

Casos como o ora estudados são relativamente comuns na Justiça do Trabalho, cujas decisões têm sido favoráveis a esse entendimento, ainda que não haja previsão legal expressa acerca do tema. Tal posicionamento pode ser visto na notícia abaixo (divulgada em 04.08.2015), fruto do julgamento do Recurso Ordinário (Processo 0001157-05.2013.5.03.0079 RO) pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG):

RESCISÃO CONTRATUAL

Empregado não deve indenizar empresa por não cumprir aviso prévio.

Quando o contrato de trabalho é por prazo indeterminado, se o trabalhador pede demissão e não cumpre o aviso prévio, o empregador poderá descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo, como estabelece o parágrafo 2º do artigo 487 da CLT. Porém, o empregador não tem direito de cobrar do empregado a quantia referente ao aviso prévio, na forma de indenização. Adotando esse entendimento, expresso no voto da juíza convocada Maria Cecília Alves Pinto, a 1ª Turma do TRT mineiro deu provimento ao recurso do reclamante nesse aspecto para excluir da condenação o pagamento do aviso prévio não cumprido pelo empregado.

Como se percebe pelo entendimento acima exposto, a exemplo do TRT-3, alguns Tribunais trabalhistas corroboram o entendimento da impossibilidade de desconto do aviso prévio não trabalhado, em virtude da obtenção de novo emprego, seja por novo contrato de trabalho ou por aprovação em concurso público – como no caso anteriormente visto.

5 Da retratação do aviso prévio

Outra questão de interessante relevo nas relações estabelecidas entre empresas públicas prestadoras de serviço público é a possibilidade de retratação do aviso prévio. Em simples palavras, a retratação é o arrependimento da parte que deu o aviso prévio, significando que pretende desistir da rescisão e permanecer com o contrato de trabalho em pleno vigor.

O artigo 489 da CLT assim dispõe:

Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.

Parágrafo único - Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso não tivesse sido dado.

Pela leitura do artigo, podemos perceber que o aviso prévio é retratável, ou seja, a parte que notificou a outra do interesse em encerrar o contrato de trabalho pode voltar atrás e continuá-lo.

Na seara privada, tal artigo é de fácil entendimento: se o empregado, por exemplo, avisa à empregadora que não pretende mais trabalhar na empresa e, posteriormente, se arrepende, manifestando sua intenção de permanecer no posto de trabalho, cabe à empregadora a decisão de aceitar ou não a retratação (na prática, uma vez dado o aviso pelo empregado, é possível e provável que o empregador tenha selecionado e treinado um substituto, tornando inviável o retorno da relação ao seu status anterior).

A questão que aqui se coloca diz respeito à pessoa investida em poderes para representar os interesses da Administração Pública no ato. Ao contrário do particular, para o qual a permissão é fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o administrador público só pode fazer aquilo que a lei determina. Pode, por exemplo, o gestor de um hospital público negar-se a aceitar a retratação de uma enfermeira que solicitou seu desligamento, em virtude da obtenção de novo emprego?

Entendemos, quanto à questão da faculdade da outra parte em aceitar ou não a retratação, como previsto na parte final do *caput* do artigo, sua aplicabilidade tão somente às relações eminentemente privadas (o que não é o caso, pelo fato de haver interesse do Estado envolvido), restando incontroverso que há carência efetiva de pessoal da saúde em todos os estados brasileiros, sendo inegável o prejuízo para o estado quando há desfalque de profissionais em qualquer área relacionada a esse segmento.

Ainda que se aceitasse a ideia de possível recusa do gestor em aceitar a retratação, defendemos ainda que, tal como os demais atos administrativos, a recusa deve ser motivada, demonstrando-se cabalmente que o Estado pode prescindir da mão de obra já selecionada e com despesa corrente assegurada (uma vez que a pessoa já ocupa determinada função pública).

Assim, uma vez que a rescisão do contrato de trabalho só se efetiva após o último dia do aviso prévio, sendo legalmente prevista a retratação e havendo necessidade comprovada de pessoal, entendemos que, uma vez comunicada em tempo hábil a desistência quanto à demissão por iniciativa do empregado, a instituição é obrigada a aceitar a retratação, vez que há interesse público envolvido.

6 Conclusão

O estudo do presente tema traz à tona uma série de questionamentos acerca da relação contratual trabalhista estabelecida entre o empregado e o empregador empresa pública prestadora de serviços públicos.

Ainda que a Constituição traga uma série de direitos e garantias aos trabalhadores, não há, nem no texto constitucional e nem na legislação infraconstitucional que lhe esmiúça os termos, qualquer menção às questões trazidas à análise no presente artigo, quais sejam, o aviso prévio concedido aos empregados por motivo de obtenção de novo emprego, bem como a possibilidade de retratação do aviso dado, quando o empregador for empresa pública prestadora de serviços públicos.

O estudo levado a efeito buscou demonstrar a impossibilidade de desconto do valor relativo a aviso prévio não cumprido em caso de admissão em novo emprego, baseada especialmente em decisões oriundas dos Tribunais trabalhistas acerca do tema, uma vez que se busca, prioritariamente, fazer garantir direitos sociais do trabalhador.

Além de tal questão, pôs-se em relevo outro tema concernente ao aviso prévio: a retratação em tais casos, cujos polos da relação jurídica são preenchidos pelas pessoas retrocitadas. Observando-se a legislação referente ao tema e os princípios a ela aplicáveis, conclui-se que ao administrador público não é dada a faculdade de aceitar ou não a retratação, devendo o mesmo se ater aos limites impostos pela lei e, excepcionalmente, no caso de recusa, motivar o ato, fundamentando a impossibilidade de aceitar o pedido de reconsideração do aviso dado.

Referências

BATISTA, José Carlos. *O pedido de demissão motivado por novo emprego exclui a obrigatoriedade de cumprimento de aviso prévio*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9203>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CONSULTOR jurídico. *Empregado não deve indenizar empresa por não cumprir aviso prévio*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/empregado-nao-indenizar-empresa-nao-cumprir-aviso-previo>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAVATÁ, Isabelli et al. *CLT organizada*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2015.

ZIMMER, Aloísio Jr. *A administração pública e o serviço público*. Disponível em: <www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/ALOISIO_ZIMMER_JR.doc+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 out. 2015.

TUTELA DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS: INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Camyla Figueiredo de Carvalho

Assessora Jurídica de Promotor de Justiça

Resumo

O presente trabalho visa justificar a incidência dos princípios constitucionais e civilísticos da boa-fé objetiva, dos deveres anexos ou laterais das relações jurídicas e demais institutos correlatos no âmbito das relações administrativas. O estudo será desenvolvido a partir da análise histórica e constitucional dos institutos no âmbito privado e sua recente e necessária incursão no atuar administrativo. A problematização que se apresenta inicialmente consiste no aparente descompasso entre princípios historicamente regentes das relações privadas e sua incidência no âmbito administrativo, marcado que é pela principiologia própria da superioridade do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Objetiva-se demonstrar, com o presente trabalho, a compatibilidade destes institutos à luz da redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo a partir da atual ordem constitucional.

Palavras-Chave: Tutela da confiança. Boa-fé objetiva. Administração Pública.

Abstract

This work aims to justify the incidence of constitutional principles of objective good faith, the accompanying duties of legal relations and other related institutes within the administrative relations. The study will be developed from the historical and constitutional analysis of the institutes in the private sector and its recent foray into the necessary administrative doing. The problematics that initially presents is the apparent mismatch between principles historically regents of private relations and their impact on the administrative level, which is marked by its own principles of superiority of the public interest over the private and the unavailability of public interest. The objective is to demonstrate with this work, the compatibility of these institutes in the light of the redefinition of paradigms of Administrative Law from the current constitutional order.

Keywords: Protection of trust. Objective good faith. Public Administration.

1 Introdução

É cediço que a vigente ordem constitucional regula-se pela marca do pós-positivismo, pautado que é na superação de valores outrora delimitadores da ciência jurídica, tais como a separação estanque entre prescrição e descrição da norma posta e a dissociação da ciência jurídica dos demais ramos do conhecimento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e de seus fundamentos principiológicos, todo o ordenamento jurídico pátrio recebeu incursões que modificaram substancialmente o caráter da norma, superando a já insuficiente dicotomia entre público e privado e estabelecendo diretrizes fundamentais que balizam não só as relações privadas, mas, e decerto com maior enfoque, o atuar administrativo.

Dentre estas diretrizes basilares da ordem constitucional contemporânea, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, conceituada como cláusula geral atinente à valorização da ética e da lealdade entre as partes de uma relação jurídica. Corolário que é dos princípios constitucionais da solidariedade social, da segurança jurídica, e da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva reveste-se de natureza jurídica de dever geral de conduta, seja entre particulares, seja nas relações institucionais.

A rigor, a boa-fé objetiva, pelos seus próprios caracteres essenciais, é exigida de quaisquer sujeitos, integrantes de toda sorte de relações jurídicas, haja vista que, não raramente, as fórmulas legais são insuficientes para resolver todos os conflitos surgidos no seio da sociedade. Desse modo, é juridicamente exigível de quaisquer pessoas ou entes o respeito à lealdade e moralidade nas relações que firmam entre si.

Nesse contexto, insere-se a Administração Pública como parte nas relações jurídicas e questiona-se a incidência de tal dever geral de conduta por parte de seus agentes e representantes. É dizer, exige-se dos entes da Administração Pública, tal qual se exige dos administrados particulares, o respeito à lealdade, moralidade, proibidade, e aos demais deveres anexos à boa-fé objetiva no trato da coisa pública, talvez em maior grau e com maior fundamento, haja vista o interesse público que pauta toda a atuação administrativa.

É assente na doutrina que a Administração Pública pauta-se pelos princípios estruturantes da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado e que dispõe de prerrogativas e sujeições pró-

prias, atinentes ao atingimento do interesse público. Dentre as prerrogativas, citam-se a autotutela de seus atos, revisão e resolução unilateral de contratos, a exigência de cumprimento dos pactos pelo administrado, ainda que a despeito de sua contraprestação, a legitimidade para instituir cláusulas exorbitantes, dentre outras.

Todavia, à luz dos princípios constitucionais contemporâneos da segurança jurídica, da solidariedade social, dignidade da pessoa humana e igualdade, questionam-se os limites de tais prerrogativas e, sobremaneira, a finalidade última da atuação administrativa. Com efeito, à vista de que não se encontram em relação horizontal – o Estado e o administrado – vislumbra-se a necessidade de se assegurar, à luz do princípio da boa-fé objetiva que se impõe como dever geral de conduta, a conservação das relações jurídicas por ambas as partes, questionando-se os limites da vulneração por parte dos entes administrativos, dos deveres principais e anexos às relações administrativas firmadas.

Destarte, à luz dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública e em consonância com o papel do poder público na contemporaneidade, faz-se necessária a harmonização das cláusulas gerais historicamente alçadas à seara particular com a atuação administrativa, na busca pela concretização da finalidade pública e da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva na atuação dos entes da Administração Pública em suas relações com os particulares. Objetiva-se inicialmente estudar o histórico do princípio da boa-fé, suas acepções e funções à luz da nova ordem civil-constitucional. Num segundo momento, pretende-se identificar a nova ordem das relações privadas dentro da perspectiva civil constitucional da tutela da confiança, através do estudo dos deveres anexos e demais institutos cíveis relacionados com o princípio da boa-fé objetiva.

Em outro capítulo, apresenta-se a análise da tutela da confiança nas relações administrativas, mais especificamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na atuação da Administração Pública como corolário da redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo à luz da nova ordem constitucional. Fez-se opção por traçar um paralelo entre o regramento civil e administrativo à luz das diretrizes constitucionais, a fim de permitir a harmonização dos princípios tradicionais da Administração Pública com a tutela da confiança nas relações público-privadas,

pautando os limites da autotutela administrativa sob a ótica do modelo dialógico de Administração Pública.

Caminhando em direção às conclusões, objetiva-se responder ao seguinte questionamento: é oponível à Administração Pública a observância da boa-fé objetiva nas relações com os particulares?

2 A boa-fé objetiva na atual ordem constitucional

2.1 Histórico da boa-fé

Remontam ao Direito Romano as primeiras demonstrações fáticas e jurídicas do postulado da boa-fé objetiva como dever geral de conduta nas relações jurídicas. A delimitação do conteúdo que hoje representa o atual estágio de evolução do referido instituto decorre, em análise histórica, da adesão ou rejeição às ideias morais e políticas, bem como aos padrões comportamentais do povo romano, sendo um de seus institutos primordiais a noção da *fides*.

Conceituada como ideia central do pensamento político, jurídico e social romano, a *fides* constitui o valor mais genuíno e operante, diretriz das relações jurídicas do povo romano. Seu conceito tradicionalmente difundido é relacionado à existência de liames ou vínculos entre as partes e à consequente expectativa de respeito aos acordos promovidos na relação. Doutrinariamente traduzida como “confiança”, “lealdade”, “honra-dez” ou “confiabilidade”, é a *fides* o antepassado histórico mais remoto da atual boa-fé objetiva.

A doutrina apresenta três acepções – ou prismas semânticos – da *fides* romana, os quais compõem a noção do instituto e concretizam a sua realização, uma vez que interagem entre si. No dizer de Flávio Rubinstein (2004), as acepções da *fides* romana baseiam-se em elementos históricos, que revelam distintos aspectos relacionados à vida romana. Estes aspectos referem-se, nomeadamente, à religião, ao poder e à manutenção da palavra dada.

Tocante à primeira acepção, relacionada à noção religiosa da *fides*, a doutrina aponta, como antecedente histórico, o antiquíssimo culto à deusa *Fides*, que remonta à própria origem de Roma. A referida divindade era costumeiramente invocada na celebração de negócios entre cidadãos romanos e entre estes e os peregrinos, velando pelo justo cumprimento destes negócios mediante proteção aos cumpridores e castigos aos faltosos.

A doutrina romanística aponta a existência de um ritual pelo qual, a cada ano, três sacerdotes eram levados em um carro puxado por dois cavalos a fim de realizar um sacrifício à *Fides*, no qual se cobria a mão direita da estátua da divindade, símbolo máximo de lealdade à palavra dada.

Flávio Rubinstein (2004), citando Francisco Amaral (1996), destaca:

Dai o hábito dos contratantes de dar um aperto das mãos direitas (dextrarumporrectio) para conferir solenidade à promessa, gesto que, mesmo após o desaparecimento do culto à deusa Fides, permaneceu como sinal de confiança mútua, origem remota e significado da forma de cumprimento comumente adotada pelos povos ocidentais.

Na acepção de poder, por sua vez, a *fides* romana volta-se à proteção da parte mais fraca das relações jurídicas, no sentido de possibilitar, com o respeito ao cumprimento das promessas e da palavra dada, a superação da arbitrariedade da parte mais forte no liame subjetivo. A doutrina aponta como instrumentos concretizadores desta acepção da *fides* a Lei das XII Tábuas, responsável por limitar alguns poderes do tutor e do patrão romanos; e a *Lex Poetelia-Papiria*, responsável pela superação das formalidades absolutas dos empréstimos romanos e a vinculação exclusiva do patrimônio do devedor no cumprimento de suas obrigações.

Nesse contexto, o viés interpretativo do poder na *fides* romana permitiu o estabelecimento de relações de proteção e fidelidade entre o mais forte e o mais fraco, representando verdadeira garantia aos hipossuficientes e figurando como o antecedente histórico mais remoto das legislações protetivas existentes na atualidade.

Por sua vez, a terceira e última acepção semântica da *fides* romana – considerada a mais significativa em termos de formação do instituto da boa-fé objetiva, como atualmente delimitada – consiste no postulado romano da manutenção da palavra dada.

Nos ensinamentos de Menezes Cordeiro, citado por Flávio Rubinstein (2004),

Mais do que mero fato, a exigência de manutenção da palavra dada seria sintoma de um desenvolvimento conceitual incipiente, implicando o sentido de dever, ainda quando não recebida pelo Direito. Desde o momento em que a "garantia" expressa pela noção de poder passou a residir na qualidade de uma pes-

soa, a fides passou a ser dotada também de matizes morais. Diferentemente das relações de poder, passa-se a estar diante de um curso histórico particular nas relações privadas, no qual, ao contrário, acentuar-se-iam os limites que expressavam o respeito a fides. Nascia, assim, um princípio ético que se desenvolvia por meio de relações estabelecidas sob um plano de igualdade.

Atualmente centrada no fundamento constitucional da segurança jurídica, esta terceira acepção da *fides* romana assenta-se na noção de fidelidade às promessas e aos acordos firmados, ao conseqüente respeito ao teor do acordado entre as partes e à proibição de comportamentos divergentes à legítima expectativa da outra parte.

É de observar-se, portanto, que a manutenção da palavra dada dos romanos constitui a diretriz mais próxima dos atuais contornos da boa-fé objetiva, que compreende um conjunto de prestações, direitos e deveres que incumbem às partes, com base na exigência genérica de adotarem comportamentos segundo um critério de retidão, pressupondo que a parte de uma relação contratual mantenha um comportamento que corresponda à legítima expectativa da outra parte. (Amaral, 1996).

Neste sentido, verificando-se a evolução do instituto da *fides* romana como antecedente histórico da atual boa-fé objetiva, observa-se que o instituto representava um vínculo de garantia, que se consubstanciava na necessidade de manter a palavra dada – seja nas relações entre cidadãos, seja entre cidadãos e estrangeiros – inicialmente com níveis de controle sociais sacros e, mais tarde, éticos e morais.

A partir desta delimitação doutrinária, não se atribuía à *fides* propriamente dita a força vinculativa apta à punição legal dos contendores que desobedeciam ao dever geral de conduta de retidão em suas relações. À *fides* era conferido um conteúdo de natureza ética e moral, mas não jurídica. É apenas com o desenvolvimento do instituto da *bona fides* romana como norma jurídica propriamente dita que se inaugura doutrinariamente o caráter vinculante da boa-fé romana, esta sim apta a gerar a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres gerais de conduta.

O instituto surge como inovação semântica criada pelos pretores em sede processual, atribuindo um sentido técnico-jurídico à noção ético-moral da sua diretriz *fides*, já profundamente enraizada nas relações sociais romanas.

Nesse contexto, a evolução do próprio modelo jurisdicional romano favoreceu a incursão do instituto da *bona fides*, no que se convencionou chamar de “juízos de boa-fé”, ou *bonaefidei iudicia*, através dos

quais se superava o modelo do direito estrito, pautado nas *legis actiones* (ações da lei), para atingir o chamado processo formular, menos rígido quanto à forma e conferindo maior liberdade de apreciação das demandas aos juízes.

Não há consenso na doutrina acerca da natureza da atuação dos juízes no implemento dos juízos de boa-fé. Parcela da doutrina entende que o trabalho conferido aos pretores romanos consistiu apenas no reconhecimento da *fides* já atuante na sociedade romana. Seria a atividade judicante do pretor uma mera aplicação do direito consuetudinário pautado nos ditames ético-morais da *fides*.

Outra corrente confere aos pretores romanos a titularidade da própria criação do instituto da *bona fides* nos referidos juízos de boa-fé, evocando a evolução do conteúdo ético-moral da sociedade para o caráter técnico-jurídico vinculante das relações levadas a juízo.

Prevalece a segunda corrente, sustentando que o conceito de *bona fides* é de fato resultado do trabalho criativo dos juízes romanos, que, atentos à realidade da expansão comercial romana e à pluralidade de relações entre cidadãos e peregrinos, superaram a estrita legalidade e passaram a admitir a eficácia vinculante das relações pautadas na confiança e no dever geral de conduta atribuído à noção de *fides* já enraizada na sociedade.

Desse modo, ao juiz cumpria, como cumpre atualmente, a apreciação do comportamento das partes seja no momento da estipulação do contrato, seja na execução deste e ainda no momento da propositura da ação judicial, sendo este alargamento das funções judiciais no tocante ao exame da *bona fides* o antepassado histórico mais contundente do que hoje se entende como manutenção judicial do sinalagma obrigacional nas relações jurídicas.

Inegável, portanto, a equiparação da *bona fides* romana ao atual conceito de boa-fé objetiva como dever geral de retidão nas condutas, atuando como princípio interpretativo e integrativo das mais diversas espécies de relações jurídicas.

2.2 A nova ordem constitucional e a exigência da boa-fé objetiva

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu título primeiro, um princípio fundamental que veicula a força motriz de todo o ordenamento jurídico pátrio, a saber, a dignidade da pessoa humana. A vigen-

te ordem constitucional brasileira institui um Estado Democrático de Direito, superação dos modelos de Estado liberal e social, que não atendiam a contento a finalidade última do Estado organizado, que tem como premissas e objetivos a solidariedade social e a promoção do bem de todos os cidadãos.

Com efeito, o próprio período histórico em que se inaugurou a nova ordem constitucional brasileira denota a superação do estado de crise política e exceção por que passava a República, o que demonstra, ainda mais patente, a necessidade de promoção de novos valores constitucionais a fim de reconstruir as estruturas do Estado a partir da proteção da pessoa humana e da busca pela justiça social.

Some-se a isto a nova dinâmica das relações sociais que, pautadas no risco e na fluidez, passou a exigir do sistema jurídico um mínimo de normatização, a fim de assegurar o comportamento ético e probo dos seres humanos e o atingimento das finalidades últimas do Estado Democrático, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

É nesse contexto que se insere a exigência constitucional do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, seja entre particulares, seja entre estes e os entes públicos. De efeito, apesar de não estar expressamente textualizada na Constituição de 1988, a boa-fé objetiva retrata sobremaneira os interesses sociais, agregando valores e conteúdo à efetivação do princípio motriz da dignidade da pessoa humana.

Sobre a confluência da individualidade com os valores sociais da atual ordem constitucional, Ehrhardt Jr. (2014) diz:

No atual sistema jurídico brasileiro, a perspectiva solidarista encontra fundamento no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (sic) e no inciso XXIII de nossa Constituição Federal, que torna imperiosa a tentativa de conciliação entre duas ideias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas.

Isso porque a doutrina pátria reconhece no direito contratual privado a mais nítida expressão da aplicação da boa-fé objetiva, e atribui esta evolução prática do princípio ao paradigma do dirigismo contratual e seus institutos correlatos, tais como a ordem pública, a função

social, o interesse público e a própria boa-fé, responsáveis pela chamada “repersonalização” do direito privado através da adoção das chamadas cláusulas gerais.

Comumente referenciada como resposta à complexidade e às expectativas da sociedade globalizada, a adoção das cláusulas gerais no direito privado propicia condições para a fluidez dos valores constitucionais nas relações humanas, mediante “valorização da interpretação criativa do direito de acordo com as exigências de justiça nos casos concretos” (Nery Júnior, 2014).

Desse modo, a doutrina do atual direito civil-constitucional aponta que o princípio da boa-fé objetiva configura uma verdadeira ponte que permite a passagem do formalismo para o consensualismo entre as partes, servindo de base principiológica das relações jurídicas e impondo o dever geral de conduta de retidão entre as partes, em concretização aos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Em respeito a este dever geral de conduta, os contratantes são entendidos não mais como rivais, polos opostos de uma mesma relação jurídica, mas sim, como parceiros leais e probos que, dirigidos pelo dever geral de mútua cooperação, atingirão seus objetivos sem vulnerar as expectativas legítimas geradas na outra parte.

Nesse contexto impende diferenciar a boa-fé objetiva, enquanto regra de conduta e critério de orientação para interpretação e integração das relações jurídicas, da boa-fé subjetiva, enquanto estado psicológico de um sujeito que supõe estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento, cuja consciência e reserva mental se colocam estaticamente em consonância com a ética.

A boa-fé objetiva pode ser compreendida como norma de correção e, neste sentido, não guarda qualquer relação com a esfera íntima dos indivíduos. Desenvolve-se de modo dinâmico e é exterior ao sujeito, podendo ser valorada juridicamente e, se desrespeitada, servir de parâmetro à responsabilidade civil da parte faltosa, dado que o seu conteúdo gera deveres secundários de conduta que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente no instrumento negocial. Relaciona-se menos com a esfera de consciência dos sujeitos do que propriamente como dever objetivo de manutenção do equilíbrio negocial entre as partes.

Nos dizeres de Judith Martins-Costa (2005):