
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 37	p. 1-250	jul./set. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Ana Flávia Inácio Ferreira
Lourdes Nascimento

Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2932 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

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

Trimestral

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

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editora Acadêmica Responsável

Ana Cláudia Finger

Secretário Editorial Executivo

Daniel Wunder Hachem

Conselho Diretivo

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzalez Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazco (Universidad de La República – Uruguai)

Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luis Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)

Prof. Dr. Emerson Gabardo (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

A volta do regime jurídico único – Algumas discussões inadiáveis sobre a função pública brasileira

Luísa Cristina Pinto e Netto

Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procuradora do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito Administrativo da PUC Minas.

Resumo: O artigo versa a definição da natureza do regime jurídico da função pública brasileira. Analisa-se criticamente o modelo estatutário, majoritariamente defendido, e propõe-se a contratualização da função pública com a conjugação de disciplina legal heterônoma e disciplina autônoma, possibilitando-se o exercício dos direitos coletivos da função pública, por considerar-se o modelo contratual mais adequado ao Estado de Direito Democrático e Social.

Palavras-chave: Função pública. Regime jurídico único. Regime estatutário. Contratualização. Autonomia. Heteronomia. Greve. Negociação coletiva.

Sumário: **1** Notas introdutórias - **2** Teorias sobre a natureza jurídica da relação de função pública - **3** A defesa da teoria estatutária - **4** Crítica à teoria estatutária - **5** A contratualização da função pública - **5.1** Razões para a contratualização da função pública - **5.2** Recusa a uma mera mudança de rótulo - **5.3** Relação contratual de função pública - **6** Notas conclusivas: algumas discussões inadiáveis sobre a função pública brasileira

1 Notas introdutórias

Logo após a promulgação da Constituição da República de 1988 (CR/88), a doutrina jusadministrativista debruçou-se, dentre várias questões, sobre a problemática do regime jurídico único dos servidores públicos, cuja obrigatoriedade era prevista no art. 39, *caput*; a discussão estendia-se desde a abrangência do regime até a sua natureza. A promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 (EC nº 19/98) arrefeceu a discussão com a abolição da menção expressa ao regime jurídico único, mas tratou-se de um arrefecimento temporário, pois, quando parecia que a questão estava equacionada num panorama mais flexível, o dispositivo com a redação dada pela referida emenda teve seus efeitos suspensos em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 2.135-4/DF), com o que o preceito original com previsão de regime jurídico único recobrou sua força.¹

¹ O Supremo Tribunal Federal (STF), na ADIn referida, deferiu parcialmente medida cautelar, suspendendo a eficácia/vigência do art. 39, *caput*, com a redação dada pela EC nº 19/98, até o julgamento final da ação.

Nesse cenário, em que volta à baila o debate sobre um regime jurídico único para a função pública,² deve-se evitar uma mera repetição dos debates travados quando da promulgação da Constituição, com os mesmos argumentos então esgrimidos, usando-se a oportunidade para aprofundar e alargar a discussão, desconstruindo os arraigados padrões de raciocínio e de discurso relativos ao universo da função pública. Em outras palavras, mais que debater a volta do regime jurídico único, é preciso ampliar o universo de indagações buscando esclarecer, por exemplo: de qual regime jurídico se pode tratar; se é possível um regime jurídico único; qual a interpretação constitucionalmente adequada para essa imposição; como operam as vinculações jusfundamentais que incidem sobre a relação de função pública na definição da natureza do seu regime.

Seguindo esta motivação, explicitada a atualidade do tema, pretendo revisitar, sumariamente e com atualizações,³ a idéia que venho defendendo: a *contratualização* da função pública brasileira.⁴ Em face da mencionada decisão tomada pelo STF, não há momento mais oportuno para enfatizar a posição que sustento, expondo-a ao debate e à crítica,⁵ ainda que considere que a contratualização da função pública é viável e necessária quer diante do art. 39, *caput*, em sua redação original, quer diante da redação modificada pela EC nº 19/98.⁶

² A expressão função pública significa aqui, preferencialmente, o conjunto das diversas espécies de agentes públicos (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*: contribuição ao tema da participação em direito administrativo. 1998. 462 f. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, UFMG. Belo Horizonte. p. 15-16). Vide, ademais, MOURA, Paulo Veiga e. *Função pública*: regime jurídico, direitos e deveres dos funcionários e agentes. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. v. 1, p. 15; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 16 et seq.

³ As atualizações mencionadas referem-se não a uma exaustiva nova lista de referências bibliográficas, mas à análise do tema à luz da situação atual, determinada pela decisão tomada no curso da ADIn nº 2.135-4/DF, e de contributos dogmáticos não tão explorados no trabalho anterior dedicado ao tema (NETTO. *A contratualização da função pública*).

⁴ Por certo, não estou só nem sou pioneira na defesa de um modelo contratual para a função pública, apresento uma proposta entre outras, exposta mais aprofundadamente em NETTO. *A contratualização da função pública*. Vide, ademais, no Brasil, MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 178; ROCHA, João Batista de Oliveira. O regime jurídico especial do servidor público: considerações em torno do art. 106 da Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 37/38, p. 129-133, jan./jun. 1976; DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. Servidores públicos não funcionários. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 31, p. 59-63, set./out. 1974.

⁵ A oportunidade do momento é corroborada pelo fato de que a posição defendida começa a encontrar algum espaço. Veja-se, por exemplo, MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. A volta do regime jurídico único no âmbito da Administração Pública Brasileira. *Revista Aprobatum*, ago./out. 2008, onde o autor segue fielmente a linha crítica desenvolvida em NETTO. *A contratualização da função pública*; linha esta iniciada no curso de mestrado na UFMG, sob a regência de Florivaldo Dutra de Araújo. É de anotar, no entanto, que o passo final da nossa crítica ao regime estatutário não é acompanhado pelo autor do artigo, que sustenta que é possível falar em relação contratual no Brasil diante da situação atual, mesmo que haja *previsão integral em lei do regime jurídico estatutário*. Falta, na nossa visão, diante dessa *previsão integral em lei*, explicar relativamente a que, para além da formação do vínculo, poder-se-ia dar a manifestação da vontade das partes. Naturalmente, voltaremos a esse ponto.

⁶ Como já havia anotado em NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 15.

Com este enquadramento, a exposição se faz passando, primeiramente, por uma breve aproximação às diversas teorias sobre a natureza jurídica da relação de função pública, que desemboca na análise das principais características do regime estatutário. A seguir são dirigidas críticas a este regime e apresentada a proposta de concepção contratual da relação de função pública, explicando o porquê da sua defesa. Com este pano de fundo são apontadas, conclusivamente, algumas das discussões tidas como inadiáveis sobre a função pública brasileira.

2 Teorias sobre a natureza jurídica da relação de função pública

No universo das teorias sobre a relação de função pública é possível distinguir teorias de Direito Público, de Direito Privado e mistas, teorias contratualistas e unilateralistas,⁷ segundo, respectivamente, o regime a que submetem a relação e o valor que conferem à vontade do particular na sua formação.⁸

Para as teorias de Direito Privado, o vínculo jurídico agente-Estado é preferencialmente vislumbrado como relação contratual, caracterizada pelo livre consentimento, capacidade de contratar e objeto lícito. Também aí se enquadram a teoria do direito real, que afirma a outorga ao agente de direitos e obrigações sobre uma coisa, e a teoria de direito pessoal, pela qual somente são criadas obrigações pessoais recíprocas, além das teorias da posse, que recorrem à doação ou locação de coisa como explicação para o contrato em torno do ofício público como precário.⁹

Partindo da premissa de que um regime jurídico-privado não comporta o exercício de prerrogativas de autoridade, as teorias de Direito Público postulam a inafastabilidade de um regime publicístico para a relação de função pública, ainda que este possa ser unilateral ou contratual.

⁷ São citadas diversas referências sobre as teorias da relação de função pública, não obstante, a exposição se faz, principalmente, com base no trabalho de ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, que constitui sua tese de doutorado, elaborada sob a orientação do saudoso professor Paulo Neves de Carvalho e ainda, infelizmente, não publicada. Para uma exposição mais detalhada, partindo essencialmente das mesmas fontes, consulte-se NETTO. *A contratualização da função pública*, especialmente p. 3-10.

⁸ Sobre tais teorias, consultem-se, dentre muitos, ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 87 et seq., ORLANDO, V. E. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1978. p. 72; CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil: regime jurídico do funcionário público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958. v. 2, p. 127-138; FERNANDES, Francisco Liberal. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração: crise do modelo clássico de emprego público*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 75-78; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime jurídico dos funcionários públicos: apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 11; MASAGÃO. *Curso de direito administrativo*, p. 172-180.

⁹ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 58-62.

A concepção contratualista, originada da caracterização do vínculo agente-Estado como contrato privado *sui generis*, evoluiu, pela distinção de traços desviantes do Direito Privado, para a conformação de uma categoria autônoma de contrato de Direito Público.¹⁰ Tendo o contrato como gênero, extremaram-se, segundo os interesses em jogo, o contrato privado e o público, o que levou, num primeiro momento, a uma extensão exagerada das fronteiras da categoria pública, justificando que, ao interesse público, como critério de destrição, fosse acrescida a condição de Poder Público — *puissance publique* — ao contratante.¹¹ Para a teoria contratualista, a previsão legal dos direitos e obrigações decorrentes do contrato, analogamente ao que se verifica em espécies contratuais jurídico-privadas, assim como o fato de a nomeação consistir em ato unilateral não têm o condão de desnaturar a feição contratual da relação.¹²

Para a teoria do ato unilateral, diversamente, a relação de função pública não pode ser equacionada sob um modelo contratual, uma vez que se reputa que o interesse público não pode ser objeto de transação jurídica, sob pena de restar inferiorizado. Nesse quadro, encontra-se certa concordância na compreensão da nomeação, pela qual se atribuem ao agente prerrogativas de autoridade, como ato unilateral, pois, ainda que se exija a aceitação, sua perfeição e validade independem dessa aceitação. Quanto à natureza da relação que se origina da nomeação, registram-se entendimentos variados, segundo os quais seria vínculo de direito real ou pessoal, regime de coação legal ou regime legal especial.¹³

No seio dessa concepção unilateral, podem ter-se como superados os entendimentos da relação de função pública como *direito real*. Tratava-se de conceber, a partir da tese da propriedade privada sobre a função pública, vigente durante o Feudalismo e no Estado Patrimonial, a função pública como *coisa* integrada no domínio público e a nomeação como concessão sobre parcela deste domínio em favor do agente, que passava a exercer sobre ela um direito de propriedade temporário e excluído do comércio. A afirmação da soberania estatal tornou esse entendimento insustentável, uma vez que era impensável a função pública como domínio transferível

¹⁰ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 67; MASAGÃO. *Curso de direito administrativo*, p. 175.

¹¹ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 67-68.

¹² ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 69.

¹³ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 73-74. Confirma-se, para uma concepção marcadamente unilateral da nomeação, NÉZARD, Henry. *Éléments de droit public*. 5ª ed. Paris: Rousseau et Cie., 1931. p. 142.

aos particulares; segundo as *teorias do vínculo pessoal*, subdivididas em *coação legal e relação legal especial e unilateral*, como explica Florivaldo Dutra de Araújo, não se concebia a constituição de direitos *sobre* a função pública, mas apenas *em relação* a ela.¹⁴

Esta outra vertente da concepção unilateral desenvolveu-se a partir da noção de contrato social; sendo o Estado uma abstração necessária, necessita de cidadãos para atuar, os quais estão sob uma coação legal de exercitar a função pública¹⁵ e devem, com vistas a equilibrar as imposições estatais sobre os cidadãos, ser ressarcidos. Não é difícil perceber que essa doutrina da coação legal, por permitir uma interferência desproporcional na esfera de liberdade individual — o agente encontrava-se numa situação de obrigação legal da qual não se podia eximir por sua única vontade — não se coadunava com o ideário liberal, o que levou a que fossem sendo restringidas as hipóteses de coação legal.¹⁶

Uma concepção também unilateral, mas consentânea com a noção de Estado de Direito e direitos individuais, foi apresentada pela teoria da situação legal, segundo a qual a relação de função pública é um vínculo legal especial, que não caracteriza contrato, mas para cuja instauração se exige a aceitação do agente. Faz-se aqui presente, de forma marcada, a noção de que a relação de função pública é uma emanção da soberania estatal, o que afasta qualquer possibilidade de seu enquadramento em modelo contratual, no qual o Estado dependeria, para a realização das suas tarefas, da vontade dos particulares.¹⁷

Diversos publicistas discorreram sobre essa teoria da situação legal, destacando-se, com variações, um veio comum de entendimento: a nomeação é ato unilateral do Estado que tem como pressupondo a aquiescência do particular, mas produz efeitos por si só, pois o consenso não se estende ao conteúdo da relação, incide apenas sobre a formação do vínculo; o particular se coloca sob uma situação geral e abstrata determinada legalmente.¹⁸

Essa teoria, também chamada estatutária, concebe a relação de função pública como relação que situa o Estado em posição de superioridade

¹⁴ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 74-76.

¹⁵ MASAGÃO. *Curso de direito administrativo*, p. 172-173.

¹⁶ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 77-78.

¹⁷ ORLANDO. *Princípios de derecho administrativo*, p. 72-73.

¹⁸ Vide a respeito, entre muitos, sem coincidência integral: NÉZARD. *Éléments de droit public*, p. 142; BONNARD, Roger. *Précis de droit public*. 7^e ed. Paris: Recueil Sirey, 1946. p. 186-188; CAVALVANTI. *O funcionário público e seu regime jurídico*, p. 96; ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 80.

frente ao agente, de modo a garantir a supremacia do interesse público por meio da fixação legal unilateral das condições de prestação do serviço, às quais o agente aceita se submeter. O ponto nodal da teoria encontra-se na idéia de garantir a supremacia do interesse público, o que explica a imposição de regime legal à relação, ou seja, sua determinação unilateral pelo Estado e a possibilidade de alteração também unilateral, sempre segundo o interesse público. Considera-se que a disciplina da relação de função pública deve ser estruturada visando ao bom funcionamento das tarefas públicas e não ao atendimento de interesses particulares dos agentes.¹⁹ Trata-se de teoria, como se percebe, que se amoldava à construção paulatina do Direito Administrativo como ramo autônomo, centrada na figura do ato administrativo, refletindo a idéia de unilateralidade e autoridade, sem par no Direito Privado.²⁰

Essa breve exposição indica várias teorias pelas quais se buscou explicar a natureza da relação de função pública. A seguir, considerando-se que, em certos quadrantes, a teoria estatutária passou a dominar a doutrina no século XX, incluída a brasileira, generalizando-se o entendimento de que o vínculo estatutário é o mais apropriado à Administração Pública, abordam-se os argumentos dirigidos à sua defesa.²¹

3 A defesa da teoria estatutária

Certamente não data da promulgação da Constituição da República de 1988 a defesa da teoria estatutária no Brasil, não obstante, a partir daí o debate sobre a natureza jurídica da relação de função pública tornou-se mais aceso, em razão da previsão de regime jurídico único na versão original do art. 39 e da situação que vigia anteriormente, levando a uma defesa majoritária da relação estatutária.

Deixando de lado as várias posições que se delinearam em face do dispositivo citado,²² importa identificar os argumentos utilizados para sustentar que o regime jurídico único imposto era necessariamente estatutário, o que retoma a atualidade diante da restauração da eficácia daquele

¹⁹ Consultem-se, sobre o assunto, NÉZARD. *Éléments de droit public*, p. 141-150; PLANTEY, Alain. *Traité pratique de la fonction publique*. 3^e ed. Paris: L.G.D.J., 1971. v. 1, p. 12; BONNARD. *Précis de droit public*, p. 186.

²⁰ GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 13-15.

²¹ Para Florivaldo Dutra de Araújo, a busca por uma teoria única e mais acertada tem vindo a ser afastada (ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 89-90).

²² Vide, para tanto, NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 10-14.

dispositivo no curso da ADIn nº 2.135-4/DF. Diversos publicistas, como Antonio Augusto Junho Anastasia, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Celso Antônio Bandeira de Mello, defenderam, com *nuanças* distintas, a obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único de natureza estatutária.²³ Havia vozes discordantes que, ainda assim, apontavam como alternativa, em sua maioria, o regime trabalhista, mas que não mereceram aceitação efetiva.²⁴

Assim, diante da previsão constitucional originária ora com eficácia restaurada, a posição dominante no Brasil é a defesa do modelo unilateral estatutário, baseada em alguns argumentos apresentados quase como dogmas e pintados em cores bastante fortes pelo recurso à oposição com o modelo trabalhista, como se este fosse o único modelo contratual existente. Essa defesa do modelo estatutário parte das seguintes idéias-força: (i) garantia da supremacia do interesse público; (ii) fixação unilateral pelo Poder Público do regime da função pública; (iii) possibilidade de alteração unilateral do regime pelo Poder Público na vigência da relação; (iv) especial subordinação do agente público.

A supremacia do interesse público é o ponto fulcral a partir do qual se desenvolve a sustentação do modelo estatutário, inserido numa dogmática e numa prática administrativa cunhadas por uma específica compreensão da supremacia e da separação entre interesse público e interesses privados. Em primeiro lugar, a presença do interesse público como objetivo primordial da ação estatal, para a qual a relação de função pública é travada, fundamenta a necessidade de regime jurídico distinto daquele aplicado às relações de trabalho privadas. Em segundo lugar, o interesse público domina a fixação do regime, ofuscando a consideração da prestação de trabalho subordinado como faceta digna de tutela jurídica.

Deflui dessa concepção que a relação de função pública tem que ser regida pelo Direito Público, visando exclusivamente, ou pelo menos com

²³ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Regime jurídico único do servidor público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990. p. 59; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 124-127; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 156-158. Vide, ainda, MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *O novo servidor público: regime jurídico único*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 35; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 537; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 355.

²⁴ José dos Santos Carvalho Filho entendia que a pessoa política podia optar por adotar como regime único o estatutário ou o trabalhista (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 408). Já Ivan Barbosa Rigolin sustentava a possibilidade de eleição entre o regime estatutário, trabalhista ou um regime inédito (RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 120). Maria Sylvia Zanella Di Pietro admitia o regime estatutário, o trabalhista ou outro regime contratual específico (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 360).

forte predominância, à supremacia do interesse público, o que também explica que a sua disciplina tenha que ser fixada unilateralmente pelo Estado e tenha que poder ser por ele unilateralmente alterada. Trata-se, na relação de função pública, da realização do interesse público, indisponível, oposto e *a priori* superior aos interesses privados, insuscetível de ser determinado senão monopolisticamente pelo Estado, o que inviabiliza a participação dos agentes públicos na sua determinação e a consideração de aspectos da prestação de trabalho subordinado.

Nestes quadros mentais, é freqüente encontrar afirmações de que o agente se submete a uma ordem preestabelecida em lei, não podendo influir na fixação da disciplina da relação de função pública, pois é imprescindível que o Poder Público guarde para si a prerrogativa de estabelecer o regime de seus agentes visando a atender as necessidades públicas, por meio da “institucionalização legal de um modelo normativo objetivo, genérico, abstrato, impessoal e exceto de voluntariedade e subjetivismo, condensado em um estatuto”.²⁵

Na mesma linha de argumentação, concebendo o agente como instrumento de concretização do interesse público, sustenta-se a possibilidade de o Estado alterar unilateralmente o regime da função pública, devendo o agente suportar o exercício dessa prerrogativa estatal, sempre que necessária e conveniente para adequar a organização do serviço às exigências cambiantes do interesse público. Funda-se aqui a afirmação generalizada de inexistência de direito adquirido à manutenção do regime jurídico da função pública como mais uma razão para a defesa do modelo estatutário e a oposição a um modelo contratual, que não seria capaz de dotar a relação da flexibilidade necessária para a prossecução do interesse público.²⁶

Junta-se a isso que a forma como se concebem a função pública e o interesse público implicam uma situação de subordinação do agente em face do Estado que não encontraria paralelo em figuras contratuais e seria imprescindível para a atuação estatal eficiente e impessoal. Sustenta-se que o agente público atua sob subordinação particularmente acentuada, por ser parte do Estado, meio de consecução do interesse público, sendo obrigado a aceitar as condições preestabelecidas unilateralmente pelo Estado

²⁵ ANASTASIA. *Regime jurídico único do servidor público*, p. 100-101; ROCHA. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*, p. 127.

²⁶ Encontra-se este entendimento em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 267. Vide, ainda, ANASTASIA. *Regime jurídico único do servidor público*, p. 48-50.

e posteriores alterações. O interesse público imporia ao agente deveres sem par na esfera privada: o dever de fidelidade e lealdade para com o Estado e o serviço público, o dever de atuação ética e ascética.²⁷ Este particular entendimento acerca da subordinação do agente público deita raízes em teorias como a da coação legal e na compreensão tradicional da teoria orgânica do Estado, conducentes ao pensamento de que a vontade do Estado e a do agente confundem-se; concebido como parte do Estado, o agente não pode ter interesses diversos dos estatais, não pode se sindicalizar, não pode fazer greve, não pode professar ideologias ou preferências políticas.²⁸

Com estas idéias-força, sinteticamente apresentadas, a teoria estatutária, que tem merecido a adesão expressa majoritária no Brasil,²⁹ é defendida. Insta expor esta teoria a argumentos críticos com vistas a fundamentar a proposta que se sustenta.

4 Crítica à teoria estatutária

Considerando que a defesa do vínculo estatutário foi explicitada em torno da supremacia do interesse público, da fixação e alteração unilateral da disciplina e da subordinação agravada dos agentes, também é em torno desses núcleos temáticos que se argumenta criticamente. Explica-se, desde já, que muitas vezes a crítica se faz com base em uma comparação com a relação firmada sob o regime trabalhista, que, sendo contratual, é em regra tomado como contraponto do regime estatutário; não se quer dizer, no entanto, como se verá, que o contrato de Direito do Trabalho seja a única alternativa viável ao modelo estatutário.

A supremacia do interesse público, tal como muitas vezes utilizada para sustentar a necessidade de relação estatutária, baseia-se na ultrapassada noção de que interesse público — o melhor seria dizer interesses públicos — e interesses privados são inconciliáveis e excludentes, de essência distinta.³⁰ Em primeiro lugar, deve-se questionar o uso da expressão *interesse*

²⁷ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 102. Este autor afirma, à p. 161, que a situação do agente chegava a ser vista como uma *capitis deminutio*.

²⁸ Confira-se, para o tratamento da influência da teoria orgânica do Estado sobre o modelo unilateral estatutário, NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 106-111.

²⁹ Diz-se expressa uma vez que, na prática, por exemplo nos Municípios, tem-se assistido a uma larga adoção de vínculos contratuais, sejam regidos pela legislação trabalhista, sejam temporários — nem sempre albergados constitucionalmente.

³⁰ Veja-se o que Paulo Neves de Carvalho já há tempos escrevia sobre a questão: “Realmente, o interesse público e o respeito às situações individuais, criadas legitimamente, sob o signo da lei, não se anulam, não são antinômicas ou inconciliáveis. No acatamento ao direito subjetivo está, sem dúvida, a própria garantia do interesse público” (CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no direito administrativo*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951. p. 104).

público de forma vaga e imprecisa para limitar e restringir os direitos e interesses privados, como se o interesse público fosse algo em si mesmo evidente e absoluto, definido monopolística e hermeticamente pelo Estado, apto a prevalecer sobre qualquer outro bem, interesse ou valor protegido pelo sistema jurídico e em quaisquer circunstâncias. Em segundo lugar, certamente, o Direito deve prever soluções para situações-limite de conflito, resguardando, em ponderação razoável, segundo as normas do sistema, o interesse público, até como condição de sobrevivência do grupo social, o que não significa uma prevalência *a priori* incondicionada do interesse público,³¹ tampouco que o sacrifício de direitos e interesses privados se possa fazer sem garantias procedimentais.³²

Não se trata de igualar interesses públicos e privados,³³ num questionamento simplista da supremacia do interesse público, cogita-se da possibilidade de convivência destas duas ordens de interesses em bases diversas da excludência e contraposição, possibilidade que transparece na constatação da finalidade que preside a todo o Direito,³⁴ bem como em diversas normas que demonstram que interesses públicos e privados frequentemente “andam a par ou em situação de mistura”,³⁵ possibilidade que comparece, ainda, como necessidade, à medida que se compreende a centralidade da pessoa humana e da sua dignidade na ordem jurídica, na organização e atuação estatais.

É imprescindível assegurar ao Estado, como garantidor do interesse público — e não menos como garante da dignidade da pessoa humana de

³¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 165-166; NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 136-137.

³² A discussão convoca, na verdade, os direitos fundamentais e sua dogmática, com destaque para a aplicação dos “limites aos limites”, desembocando essencialmente no princípio da proporcionalidade. Vide, sobre estas questões, dentre muitos: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 357-361; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 111 et seq.; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. especialmente p. 729 et seq.

³³ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 77.

³⁴ Vide, a respeito: ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 92-112; FREITAS, Juarez. Repensando a natureza da relação jurídico-administrativa e os limites principiológicos à anulação dos atos administrativos. In: FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 16; FREITAS, Juarez. Dos contratos públicos: distinção entre princípios e normas, elementos nucleares, procedimento preparatório e conceituação. In: FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 177; VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *O contrato de trabalho com o Estado*. São Paulo: LTr, 1975. p. 41.

³⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 149.

todos e de cada um —, os meios jurídicos para tanto, equilibrando de modo proporcional a equação entre prerrogativas e sujeições, de forma a não enfraquecer o Estado diante de determinados particulares cada vez mais fortes, privando-lhe da capacidade de harmonizar os interesses dos diversos grupos de particulares e estes com o interesse público,³⁶ mas igualmente de forma a não hiperbolizar os poderes estatais em desfavor dos indivíduos.

Todas estas considerações são de importância capital no tratamento da disciplina das relações entre o Estado e seus agentes, pois se por um lado se trata de disciplinar o principal “instrumento” da atuação estatal que tem como fim o atingimento do interesse público, por outro não se pode esquecer que o agente tem uma dimensão pessoal, tem interesses privados ligados à prestação de trabalho para o Estado que não devem ser tidos incompatíveis com o interesse público e não podem ser desconsiderados na disciplina da função pública.³⁷ Na verdade, para além de interesses privados, há direitos fundamentais que se irradiam sobre a estruturação e a ação do Estado e, dessa forma, se postulam a consecução do interesse público, simultaneamente a balizam.³⁸ A disciplina da função pública tem que gerir a consecução do interesse público e os direitos e interesses dos agentes que prestam trabalho subordinado³⁹ e dos indivíduos em geral.

No caso do vínculo agente-Estado, tradicionalmente colocou-se o atendimento do interesse público como prioridade, o que enfraqueceu a visão do agente na condição de prestador de trabalho subordinado e mesmo na condição de pessoa destinatária de proteção jusfundamental. A tutela voltou-se inteiramente para os fins do Estado, olvidando-se o prestador e o trabalho, o que levou a um regime que assegurasse o bom funcionamento e a organização interna do aparato administrativo, a prestação dos serviços públicos e a manutenção da hierarquia, sem tomar em consideração o agente

³⁶ ANTUNES. *Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração*, p. 85-95. Sob outro prisma, como referido acima, são imprescindíveis meios que possibilitem ao Estado ser o guardião do respeito pela dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela proteção aos direitos fundamentais, principais instrumentos desse respeito. Os direitos fundamentais são, eminentemente, direitos contra o Estado, mas também, cada vez mais, direitos através do Estado.

³⁷ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 114; ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 112.

³⁸ Mantenho, como disse, a posição defendida em NETTO. *A contratualização da função pública*, mas a revisito sob novas luzes, com destaque para a dogmática jusfundamental, imprescindível na defesa do modelo de função pública propugnado. Se a relação de função pública e o trabalho subordinado, que por seu intermédio é dirigido para a consecução do interesse público, podem ser vistos como meio, o agente público, como homem, como pessoa, dotado de dignidade, não pode ser visto como meio.

³⁹ VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 33-107.

como trabalhador, como se o fato de o tomador ser o Estado descaracterizasse a situação do prestador e sua necessidade de tutela.⁴⁰

Quando se chega a esta conclusão, viabiliza-se a modificação da ênfase da tutela jurídica nas relações de trabalho em que o Estado comparece como parte, passando-se a compartilhá-la entre a pessoa do trabalhador, o trabalho e os fins Estado, ao invés de concentrá-la unicamente nestes fins, e a conceber como bens dignos de tutela a consecução do interesse público, a dignidade do prestador de trabalho subordinado e essa prestação, balanceando-se a conjugação destes elementos de acordo com as variadas atividades e situações em que o Estado comparece em relações de trabalho. Afirmando-se que o interesse público deve ser perseguido com a consideração dos interesses privados — e principalmente com o respeito aos direitos fundamentais — e que não há exclusão necessária entre ambos, pode-se olhar criticamente a afirmação de que o estatuto legal determinado unilateralmente é necessário para assegurar a supremacia do interesse público.

No vínculo estatutário, como defendido tradicionalmente, o Estado estabelece a disciplina unilateralmente para garantir o interesse público, diversamente do que ocorre com o vínculo contratual, no qual o prestador de trabalho poderia influir na fixação da disciplina. No entanto, quando se analisa a formação, em regra, das relações contratuais de prestação de trabalho subordinado, observa-se que a influência exercida isoladamente pelo prestador e, da mesma forma, pelo credor do trabalho, na determinação das normas aplicáveis, não é tão significativa.⁴¹

De fato, a disciplina do trabalho subordinado em relações contratuais, como se observa pela tendência expansiva e universalizadora do Direito do Trabalho, apresenta uma forte “estatutarização”,⁴² uma marcada padronização. Significa isto que, ao contrário das afirmações tradicionais em defesa do vínculo estatutário, também nas relações contratuais as partes pouco têm a dizer sobre o seu conteúdo, majoritariamente fixado de forma padronizada pelas normas legais; as partes simplesmente consentem na aquisição de um *status* jurídico que implica a incidência

⁴⁰ VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 107-113; SILVA, Antônio Álvares da. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 52; PERDOMO, Jaime Vidal. *Derechos de los funcionarios públicos*. In: PLATE, Luis E. Chase et al. *Contratos administrativos: contratos especiales*. Buenos Aires: Astrea, 1982. v. 2, p. 148; CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 83.

⁴¹ SILVA. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*, p. 50.

⁴² Para Maria João Estorninho merecem o nome de *direitos estatutários* os direitos que regulam relações de determinados sujeitos com base em qualidades específicas destes (ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 105).

impositiva de um feixe de normas. Há uma involução da autonomia privada, a “estatutarização” das relações de trabalho.⁴³ Tratando dessa questão, Florivaldo Dutra de Araújo cogita da transformação do vínculo trabalhista em contrato de adesão,⁴⁴ uma vez que as relações de trabalho subordinado inserem-se, cada vez mais, em círculos normativos impositivos, com uma gradativa limitação jurídica da autonomia da vontade.⁴⁵

Neste ponto, é preciso esclarecer que se adota a posição contratualista acerca da relação de trabalho ou de emprego,⁴⁶ ou seja, mesmo havendo um conjunto de normas cuja incidência é impositiva desde que verificados os supostos fáticos da relação de trabalho ou emprego, há contrato, pois se pressupõe a concorrência da vontade das partes pelo menos para a formação de relação, seja de forma expressa, seja de forma tácita. O ponto nodal da questão centra-se na imposição legal: ante a verificação de fatos determinados, certas conseqüências ocorrerão independentemente da vontade dos envolvidos. A vontade é livre e relevante no momento em que os envolvidos decidem realizar os fatos erigidos como supostos das conseqüências legais e não necessariamente para a determinação integral do conteúdo e da ocorrência de tais conseqüências. Os fatos não são, isoladamente, a causa das conseqüências jurídicas, uma vez que se exige a vontade, ainda que unicamente dirigida para a realização dos fatos apontados legalmente.

A situação descrita não é inteiramente diversa do que se passa na seara do Poder Público. O Estado e aqueles que espontaneamente decidem lhe prestar trabalho subordinado submetem-se à ordem jurídica, a um conjunto de normas jurídicas que não determinam, na sua condição de sujeitos de direito, e que não podem afastar; submetem-se a “estatutos” fixados legalmente.⁴⁷

A estatutarização, a padronização das relações de trabalho subordinado e a correspondente involução da autonomia da vontade aproximam

⁴³ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. 1, p. 237; VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 36-38.

⁴⁴ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 137. Em sentido próximo: DELGADO, Maurício Godinho. *Contrato de trabalho: caracterização, distinções, efeitos*. São Paulo: LTr, 1999. p. 30-31; DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000. p. 14.

⁴⁵ VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 50-51; ESTORNINHO. *A fuga para o direito privado*, p. 212.

⁴⁶ Acerca das diversas teorias, consulte-se NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 335-358. Para a crítica ao anticontratualismo, vide GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 143-145.

⁴⁷ PERDOMO. *Derechos de los funcionarios públicos*, p. 147.

a disciplina estatutária da contratual, esmaecendo a dicotomia estanque arraigada na doutrina. As relações jurídicas tornam-se cada vez mais uniformizadas e retiradas à livre disposição das partes, a autonomia sobrevive principalmente na liberdade e na necessidade de as partes consentirem em se colocar sob a situação jurídica estabelecida nos estatutos.⁴⁸ Aquela figura do contrato, tal como arquitetada sobre premissas liberais individualistas, depois de sofrer várias alterações em face de imposições de ordem pública, do crescente intervencionismo estatal, não permaneceu incólume, apesar de sobreviver como contrato, postula um entendimento mais modesto da autonomia da vontade.⁴⁹

Diante de tudo isto, percebe-se que não há uma oposição frontal entre regime unilateral e regime contratual, vez que, atualmente, com destaque para a prestação subordinada de trabalho, a autonomia das partes vem sendo cada vez mais limitada juridicamente, por meio da instituição de um conjunto de normas de aplicação impositiva que padroniza as relações e retira diversas matérias do campo da livre disposição das partes.⁵⁰ Junta-se a isso, na aproximação entre os dois regimes, uma uniformização crescente de direitos e garantias que se intercomunicam entre diversos estatutos, num movimento de influência mútua entre os estatutos de Direito Privado e de Direito Público, que coloca em destaque a consideração genérica da situação do trabalhador.⁵¹

Ainda quanto à fixação unilateral, é preciso desconstruir rígidos padrões de discurso que, propositadamente ou não, não descem ao cerne da questão, para tanto, útil recorrer à figura usada por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, fundado em Hans Nawiasky, a *interpolação alternativa*: tomar o Estado indiscriminadamente como sujeito de direito e como ordem jurídica, confundir *Estado-sujeito-de-direito* e *Estado-ordem-jurídica*.⁵² É na ordem

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Santa Úrsula Xitla-Tlalpan, n. 18, p. 121-130, jun. 2001; VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 50-51.

⁴⁹ GRAU. Um novo paradigma dos contratos?, p. 128; ESTORNINHO. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 140-141.

⁵⁰ DELGADO. *Alterações contratuais trabalhistas*, p. 17.

⁵¹ VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 39-41; SILVA. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*, p. 35. Essa aproximação pode ser sentida, por exemplo, no tratamento dado na CR/88 aos servidores públicos, que lhes confere direitos mínimos por referência aos direitos dos trabalhadores, demonstrando a intenção de institucionalizar certa proximidade entre os agentes públicos e os empregados do setor privado (ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 136).

⁵² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 37-38. Vide, ainda, COELHO, Rogério Viola. *A relação de trabalho com o Estado: uma abordagem crítica da doutrina administrativa da relação de função pública*. São Paulo: LTR, 1994. p. 32.

jurídica que se encontra a maior parte da disciplina da relação de função pública, tais normas não são colocadas livremente pelo *Estado-sujeito-de-direito* que participa de tais relações, mas pelo *Estado-ordem-jurídica*, a que também está necessariamente subordinado o *Estado-sujeito-de-direito*.⁵³ Quando, em defesa do regime estatutário, se diz que o Estado fixa as condições unilateralmente, restando ao agente a elas se submeter, omite-se que esta fixação não é feita pelo Estado na sua condição de parte da relação, mas pelo Estado como detentor do poder de legislar, de acordo com a Constituição, e vinculante tanto para o Estado quanto para os demais sujeitos.⁵⁴

Já que a unilateralidade se refere, ao fim e ao cabo, à fixação da disciplina da função pública por meio de lei — fonte essencialmente heterônoma e unilateral —, forçosa a revisitação crítica dessa pretensa característica do regime estatutário. Conjugando-se essa precisão acerca da unilateralidade com o que se disse acerca da padronização das relações de trabalho e da involução do conceito de autonomia privada, é viável sustentar uma sensível aproximação entre o regime estatutário e um regime contratual, com o enfraquecimento da argumentação no sentido da imprescindibilidade do regime estatutário.

Na mesma toada, deve-se enfrentar a questão da alteração unilateral desse regime. Primeiramente, é inafastável entender o agente público como indivíduo e cidadão e não exclusivamente como órgão do Estado — considerando-o portador de direitos fundamentais, destinatário do fundamento da dignidade humana que informa o Estado de Direito Democrático e Social⁵⁵ e impõe a garantia de um mínimo de intangibilidade das condições de trabalho também para a função pública, o que em certa medida já ocorre.⁵⁶ Verifica-se o fortalecimento de entendimentos que opõem sérias restrições à modificabilidade unilateral do estatuto da função pública.⁵⁷ Não por acaso, havendo alterações unilaterais, a orientação doutrinária e jurisprudencial direciona-se no sentido de preservar os direitos

⁵³ VILHENA. *Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas*, p. 39-47; VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 95. Consulte-se, ademais, KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 272-286; JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 361.

⁵⁴ JELLINEK. *Teoría general del Estado*, p. 358-329.

⁵⁵ Para uma aproximação ao que se entende ser o modelo de Estado de Direito Democrático e Social, vide NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 110-137.

⁵⁶ Citem-se, como exemplos, a irredutibilidade de vencimentos e a extensão, aos agentes públicos, de certos direitos trabalhistas. Vide, a respeito, ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 116; CRETELLA JÚNIOR. *Direito administrativo do Brasil*, p. 155.

⁵⁷ MOURA. *Função pública*, p. 248-249.

adquiridos, mostrando que as prerrogativas de alteração unilateral do Estado não são incondicionadas.⁵⁸

Novamente, quanto às alterações unilaterais, insta invocar a distinção entre *Estado-sujeito-de-direito* e *Estado-ordem-jurídica*, uma vez que as alterações defendidas tradicionalmente são colocadas pelo *Estado-ordem-jurídica* e não pelo *Estado-sujeito-de-direito*; é necessária mudança legislativa para alterar direitos e deveres dos agentes públicos, o que demonstra que não é o Estado parte da relação que a modifica, afastando-se também aqui a pretensa vantagem do regime estatutário. É interessante notar que a distinção entre Estado como parte da relação jurídica e como detentor do poder legislativo diante de alterações de relações em curso não é, curiosamente, desconhecida da doutrina administrativista na seara dos contratos administrativos, na qual se diferencia *fato do príncipe* de *fato da Administração*.⁵⁹

A alteração correspondente a modificações legais, no entanto, não esgota as possibilidades de alteração da relação, havendo hipóteses de modificações mediante atos administrativos, pelos quais o Estado atua diretamente como sujeito da relação. Nestas hipóteses, o Estado somente age em função de autorização legislativa e no âmbito legalmente permitido, o que indica a inexistência para o Estado de prerrogativas substancialmente mais amplas que, por exemplo, o *jus variandi* existente na esfera trabalhista.⁶⁰ Não é supérfluo anotar que também em relações contratuais pode haver faculdades legalmente atribuídas a uma parte para introduzir alterações unilaterais no curso da relação. Tais faculdades, juridicamente regradas e limitadas, configuradoras de alterações unilaterais introduzidas por uma das partes da relação, são viáveis tanto no Direito Público quanto no Privado,⁶¹ demonstrando que o caráter dinâmico e flexível das relações contratuais não é exclusivo dos contratos administrativos.⁶² Afasta-se, à vista

⁵⁸ MOURA. *Função pública*, p. 249, nota 559.

⁵⁹ A este respeito, consultem-se: MELLO. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., p. 556; MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 216-218; FIGUEIREDO. *Curso de direito administrativo*, p. 455; CARVALHO FILHO. *Manual de direito administrativo*, p. 151; DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 256-267; BAENA, Concepción Horgué. *La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 33.

⁶⁰ VILHENA. *Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas*, p. 37.

⁶¹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 558; MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 93; ESTORNINHO. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 135-137.

⁶² Nesse sentido, SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 556-558; MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*, p. 93; ESTORNINHO. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 135-137; CRETILLA JÚNIOR. *Direito administrativo do Brasil*, p. 154. Diversamente, Pedro Gonçalves, que afirma a autonomia dos contratos administrativos, entende que há diferença entre os poderes da Administração

disto, a crença quase mítica dos administrativistas na unilateralidade, como se fosse fundamentalmente estatal, como se derivasse da natureza da pessoa estatal e não de outorga legal.⁶³

Infere-se, assim, que a alteração unilateral no modelo estatutário não tem o significado que lhe é imputado tradicionalmente, a exemplo do que se afirmou acerca da fixação unilateral do estatuto. Ao mesmo tempo, percebe-se que, em relações contratuais, podem ser conferidas prerrogativas de alteração unilateral, obviamente balizadas pela lei. Não se desconhece, ao fazer tal inferência, que a alteração unilateral freqüentemente referenciada ao modelo estatutário liga-se, em regra, a reais mudanças de sua disciplina legal abstrata, mais amplas e profundas que as alterações unilaterais permitidas às partes em face de contratos. O que é importante esclarecer é que, nesse caso, trata-se, em verdade, de alterações legislativas e não de alterações determinadas por uma das partes da relação contratual específica, como registrado acima.

Neste ponto não se pode deixar de fazer uma breve referência a uma diferença correntemente apontada entre o regime estatutário e o contratual quanto à alteração de normas disciplinadoras do vínculo, trata-se do direito adquirido.⁶⁴ Tal característica, cuja pretensa ausência no modelo estatutário é imputada à fixação e alteração unilateral do regime pelo Estado, não advém daí. A inexistência de direito à manutenção da disciplina da relação de função pública não se vincula à sua fixação unilateral pelo Estado; não há direito adquirido *ao regime* da função pública simplesmente porque este, no modelo estatutário, descende diretamente de lei e, sendo esta modificada, somente permanece intocado o direito para o qual tenham sido preenchidas as condições legalmente exigidas quando da superveniência de nova norma.⁶⁵

Para vínculos contratuais, cujo paradigma é o Direito do Trabalho, vige, como regra geral, a vedação de alteração unilateral das cláusulas

Pública e os direitos potestativos existentes em contratos de Direito Privado, pois não há no Direito Privado norma que confira, em geral, a uma das partes um leque tão extenso de direitos (GONÇALVES. *O contrato administrativo*, p. 34-35, 107-109).

⁶³ SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 560.

⁶⁴ Um dos exemplos que foi trabalhado em NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 206 et seq., refere-se aos quinquênios, demonstrando-se como a questão do direito adquirido é tratada de forma falaciosa sob a ótica da distinção entre regime estatutário e contratual.

⁶⁵ Como se vê, optou-se por uma linguagem simplificada, deixando de lado a distinção entre fonte, enunciado normativo e norma. Vide, para as necessárias distinções, dentre muitos, DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade administrativa*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 66 et seq.

contratuais, de forma prejudicial ao empregado, ou seja, há uma aderência absoluta destas “normas” individuais ao contrato. Quanto às *normas*, a regra geral aplicável determina que podem ser alteradas desde que se respeitem os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, aqui há uma aderência relativa, valendo a regra geral de vigência das normas no tempo. Com isso, também nestas relações contratuais, se uma norma geral heterônoma, cogente, veiculada por lei, vem a ser revogada ou modificada por outra norma de mesma natureza, tem-se que as prestações contratuais já consolidadas não serão afetadas; no entanto, as vindouras estarão submetidas à nova norma geral.⁶⁶

Esta constatação é extremamente importante para a comparação das modificações legais e de seus efeitos sobre relações estatutárias e contratuais. As alterações legais, também na seara contratual trabalhista, são aptas a modificar as condições originalmente estabelecidas, incidindo sobre as situações em curso, com respeito aos direitos adquiridos, o que confere certa flexibilidade ao Direito do Trabalho.⁶⁷ Nestas relações contratuais, somente no que tange à parte da disciplina não atingida por normas gerais cogentes, há direito adquirido ao regime, quanto à disciplina que descende de normas legais cogentes, não há que se falar, a exemplo do que ocorre no modelo estatutário, em direito adquirido ao regime.⁶⁸ Somando-se a isso a forte carga de normatividade cogente presente no Direito do Trabalho, apesar da dificuldade em delimitar com precisão as normas de ordem pública, pode-se gizar uma regra acerca das modificações legislativas neste ramo jurídico: a modificação de normas que disciplinam o núcleo mínimo imperativo da relação laboral tem aplicação imediata sobre os contratos em curso. Tal regra geral aproxima o modelo contratual vigente no Direito do Trabalho do modelo estatutário, ao contrário do que muitas vezes a doutrina deixa transparecer.

Além disso, no vínculo estatutário, como dito, restringe-se paulatinamente a possibilidade de alteração unilateral, assegurando-se uma intangibilidade mínima das condições de trabalho dos agentes públicos; no Direito do Trabalho, ao lado do *jus variandi*, destaca-se a tendência de flexibilização

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 146-147, 176-179, 231-232.

⁶⁷ Para mais desenvolvimentos sobre estas afirmações, vide NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 178-210.

⁶⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1, p. 173-174; RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. v. 1, t. 3, p. 382.

por meio dos instrumentos coletivos,⁶⁹ circunstâncias que, mais uma vez, trazem a lume a aproximação entre o regime estatutário e um regime contratual.

O que se pode concluir acerca da unilateralidade, tida como característica típica do regime estatutário e essencial para a disciplina da função pública é, em primeiro lugar, que, em se tratando da lei como meio de expressão desta unilateralidade, nada há de exorbitante. Qualquer que seja a área do Direito de que se esteja cogitando, estejam envolvidas relações contratuais ou exclusivamente estatutárias, no que tange aos aspectos disciplinados por lei (ou melhor, por normas legais cogentes) a unilateralidade, ínsita a este instrumento normativo, está presente. Esta observação vale, como acentuado, com *nuances*, para a alteração unilateral.

Como aspecto final da análise crítica do modelo estatutário, insta enfrentar a questão da subordinação. É sabido que a noção de relação de especial sujeição e a teoria do órgão, juntamente com a impermeabilidade da pessoa estatal, podem ser vistas como fundamentos explicativos da pretensa subordinação reforçada do agente público.⁷⁰ Colocando a relação de função pública como um domínio situado no âmbito interno da Administração, a doutrina clássica retirava sua disciplina da incidência de limites oriundos do ordenamento jurídico geral e, igualmente, fechava-a à incidência plena dos direitos fundamentais. O agente situava-se em uma seara impermeável ao Direito, onde a disciplina a que se submetia era fixada unilateralmente pelo Poder Público,⁷¹ tendo em vista a consecução dos seus fins.

Some-se a isso que a teoria do órgão e a imputação, utilizadas para explicar como o agente atua perante terceiros como Estado, “presentando-o”, acentuam a dissolução do agente, como sujeito, no seio estatal, fazendo com que esse apareça, aja, decida como se fosse o próprio Estado. Essa construção tradicional da teoria do órgão precisa ser reinterpretada para possibilitar compreender que o agente, mesmo após a investidura, que lhe permite atuar “presentando” o Estado externamente, não leva a que, internamente, o agente perca sua qualidade de sujeito de direito.

⁶⁹ Cumpre registrar que não se está aqui a defender qualquer tipo de flexibilização das normas trabalhistas, visto que se reconhece a necessidade de um núcleo intangível de proteção ao trabalhador.

⁷⁰ Sobre a relação de especial sujeição, vide, entre muitos: MELLO. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., p. 702-704; SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*. Porto: Almeida e Leitão, 2000. p. 49-50; FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 146, nota 456; ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função*, p. 96.

⁷¹ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 146-147; MONCADA, Luís S. Cabral de. As relações especiais de poder no direito português. In: MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 224.

A juridicização da organização administrativa e, especialmente, sua jusfundamentalização, isto é, sua permeabilidade pelo Direito e pelos direitos fundamentais, impedem a manutenção de uma “versão clássica” da teoria do órgão, impondo compreender o agente apenas como elemento subjetivo do órgão, mutável e contingente; a investidura não afasta a qualidade de sujeito de direito do agente na sua relação com o Estado, desencadeia uma relação jurídica entre sujeitos de direito, conferindo ao particular a qualificação de agente público e colocando-o como elemento subjetivo do órgão.⁷²

A reinterpretação sugerida possibilita compreender que o particular não perde sua qualidade de sujeito de direito — indivíduo, cidadão, trabalhador —, apenas adquire, ao lado desta, uma outra, a de agente público, elemento subjetivo do órgão estatal, que lhe permite agir externamente como Estado, mantendo, ainda assim, sua condição de pessoa juridicamente diversa em face deste mesmo Estado.⁷³

A concepção estatutária levou a que, na relação de função pública, relativamente aos dois âmbitos normativos existentes — aquele que se refere ao agente e aquele referido à função — se mantivesse a ênfase nas normas ligadas à função, em virtude do princípio da unidade do poder estatal e da teoria da impermeabilidade, adensados pela teoria do órgão e da imputação.⁷⁴ Descortinando a complexidade da relação agente-Estado e de seu regime, viabiliza-se considerar os diferentes papéis que o agente público assume no desempenho de suas tarefas — há uma parte pessoal-individual e outra funcional-competencial,⁷⁵ há a qualidade de prestador subordinado de trabalho e de membro da estrutura administrativa arquivada para a persecução do interesse público,⁷⁶ há a relação de serviço ou trabalho e a relação funcional, orgânica ou interna⁷⁷ — e dispensar a ambos os papéis a tutela jurídica que reclamam.

Para tanto, é preciso conferir à imputação e à teoria do órgão leituras consentâneas com a juridicização e jusfundamentalização da organização administrativa, como aqui se propõe, distinguindo-se os elementos objetivo

⁷² Em sentido próximo, confira-se SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, p. 196.

⁷³ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 83-84.

⁷⁴ SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 204.

⁷⁵ SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, p. 123.

⁷⁶ SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, p. 235.

⁷⁷ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 119. O mesmo autor, às p. 130-131, esclarece que a relação de serviço é instrumental diante dos fins institucionais do Estado, não é indiferente ou estranha à prossecução do interesse público; no entanto, é possível diferenciar estes dois aspectos.

e subjetivo do órgão. Em outras palavras, de forma sintética, trata-se da advertência de Florivaldo Dutra de Araújo, para quem o agente deve ser entendido como indivíduo e cidadão e não somente como órgão do Estado e, desse modo, também destinatário do fundamento de dignidade humana que informa o Estado de Direito.⁷⁸

Nesse quadro, diante do impostergável afastamento da construção clássica da relação de especial sujeição⁷⁹ — seja de forma absoluta, seja em favor de uma concepção consentânea com o modelo estatal atual⁸⁰ —, por força, paulatinamente, da juridicização do âmbito interno do Estado,⁸¹ da constitucionalização e da jusfundamentalização da ordem jurídica e da atuação do Estado, pouco se pode sustentar em prol de uma subordinação agravada do agente público.

Já à primeira, o Estado de Direito Democrático e Social rechaça boa parte das alegações tradicionais, uma vez que torna intolerável qualquer concepção da relação de função pública fora de quadros jurídicos;⁸² a relação de função pública é relação jurídica travada entre sujeitos de direito que não perdem esta qualidade. Assim, somente se pode cogitar de uma subordinação jurídica como dever de bom cumprimento das funções, de caráter profissional, eventualmente reforçado por compromissos de honra, lealdade e diligência relativos à função; incabível uma subordinação de caráter pessoal ou relativa aos fins políticos ou ideológicos do Estado.⁸³ Junte-se a isso que, se a ótica do poder e da sujeição se mostrava adequada ao modelo de Administração próprio do Estado Liberal, não se amolda às exigências do Estado de Direito Democrático e Social, que exige transparência, eficiência e participação do agente público.

Além disso, a possibilidade de disciplina de relações de subordinação jurídica por meio de instrumentos contratuais corrobora que afirmações, ainda comuns, acerca de uma subordinação mais agravada do agente

⁷⁸ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 114. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva considera que, quando a Constituição determina a dignidade da pessoa humana como base da República e estabelece um Estado de Direito Democrático, fundado no respeito aos direitos e liberdades fundamentais, afasta a possibilidade de se colocar o particular como objeto do poder estatal, impõe sua consideração como sujeito de direito (SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 206-207).

⁷⁹ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 148.

⁸⁰ Há registros de construções contemporâneas da relação de especial sujeição, consentâneas com o quadro de um Estado de Direito Democrático e Social em MONCADA. *As relações especiais de poder no direito português*, p. 226-231; SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, p. 43.

⁸¹ SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, p. 159.

⁸² Para algum desenvolvimento sobre o Estado como pessoa que trava relações jurídicas, vide NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 117-132.

⁸³ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 177.

público, essencialmente diversa da dos trabalhadores privados, refletem uma visão simplista e ultrapassada, que precisa ser superada pela análise crítica.⁸⁴ A origem já longínqua da noção de contrato umbilicalmente ligada à autonomia da vontade e, assim, a relações de coordenação, poderia obscurer a viabilidade de convivência entre subordinação e relação contratual. Não obstante, é inegável que as relações contratuais podem conter situações subordinativas,⁸⁵ aliás presentes nas relações jurídicas em geral,⁸⁶ trata-se de situações que conferem a uma das partes faculdades e direitos referentes à determinação da conduta exigível da outra, segundo previsão legal. No caso de relação de trabalho, a subordinação restringe-se à determinação das prestações que o trabalhador deve executar, é objetiva, não pode assumir o caráter de submissão pessoal, de poder fático, e a coordenação, traço típico do contrato, mantém-se na igualdade das partes no que toca à manifestação de vontade na formação do vínculo.⁸⁷

Somando à possibilidade de equacionamento de situações de subordinação jurídica em relações contratuais o que se asseverou acerca da superação das concepções fundadas na relação de especial sujeição, conclui-se que a subordinação existente na função pública, analogamente às relações trabalhistas privadas, com *nuances* específicas,⁸⁸ não se confunde com subordinação pessoal, *status* de lealdade e fidelidade genericamente agravado, não pode estender-se à vida privada, é mera subordinação objetiva juridicamente regrada.⁸⁹

Esta constatação aponta para a viabilidade de relação contratual de função pública, restando, por fim, ser afastado outro pretensão obstáculo à adoção do contrato, a assunção de que na função pública, por ter-se como conteúdo o desempenho de atividades que envolvem autoridade pública e/ou visam a fins públicos, seria incabível, por meio de contrato, a

⁸⁴ OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 57-58, 233.

⁸⁵ GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. Edição fac-similada. São Paulo: LTr, 1995. p. 13.

⁸⁶ VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 75, nota 12.

⁸⁷ DELGADO. *Introdução ao direito do trabalho*, p. 32-33; SÜSSEKIND et al. *Instituições de direito do trabalho*, p. 249; VILHENA. *O contrato de trabalho com o Estado*, p. 66-67; 1975b. p. 115.

⁸⁸ O que se está a discutir é a natureza jurídica do vínculo agente-Estado como regra para a função pública, sem desconhecer que há diversas espécies de agentes que podem, em razão das peculiaridades de suas atribuições, travar relações diferenciadas com o Estado. Quando se diz que a subordinação do agente público não difere, em natureza, daquela experimentada pelo empregado privado, está-se, por óbvio, a referir aos agentes que travam relação de prestação profissional de trabalho subordinado.

⁸⁹ SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, p. 110. Vide, ademais, OTERO. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*, p. 235.

investidura do agente no desempenho de prerrogativas públicas.⁹⁰ Trata-se mais uma vez de uma concepção simplista, segundo a qual as atividades tipicamente públicas, que envolvem posição de supremacia do Estado, afastam necessariamente formas contratuais, tidas como incompatíveis com o Direito Público,⁹¹ mantendo-se sempre o Estado como *persona potentior*. A negação do contrato como instrumento de consecução do interesse público resulta de uma visão impermeável à evolução verificada na dogmática e na prática jusadministrativas, desconhece a extensão do que Maria João Estorninho chama de “vínculo de fim”, pois um vínculo de fim como o interesse público permeia toda a atividade administrativa, seja ela desenvolvida por qualquer forma jurídica.⁹² Voltar-se-á a esta questão.

A argumentação sumariamente desenvolvida fornece um ponto de partida para a revisitação crítica da teoria estatutária, revisitação que se insere entre as discussões inadiáveis acerca da função pública brasileira. Além disso, permite cogitar de relações contratuais de função pública sem concessões prejudiciais ao interesse público.

5 A contratualização da função pública

Partindo da crítica à teoria estatutária, brevemente apresentada, abre-se, em tríplice sentido, a via para a adoção de modelo contratual: pelo afastamento dos fundamentos que sustentavam a adequação exclusiva do vínculo estatutário à função pública, pela verificação da aproximação dos modelos e pela afirmação da compatibilidade de instrumentos contratuais com a consecução do interesse público. A via aberta pode, em tese, desembocar na adoção do modelo contratual trabalhista ou na adoção de um modelo contratual regido pelo Direito Público, sobre o qual vão ser avançadas algumas indicações.

5.1 Razões para a contratualização da função pública

Tomando por base a crítica à teoria estatutária e considerando a possibilidade de adoção de regime contratual para a função pública que

⁹⁰ Sobre esta aversão aos contratos, consulte-se MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, p. 132. Sobre a exclusão do contrato do âmbito administrativo, hoje superada, e sobre o diferente desenvolvimento em sistemas como o alemão e o italiano, o francês e o português, vide GONÇALVES. *O contrato administrativo*, p. 14 et seq.

⁹¹ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 93.

⁹² ESTORNINHO. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 182. Pedro Gonçalves, apesar de divergir desta autora acerca da autonomia do contrato administrativo, dela se aproxima relativamente a uma uniformidade de regime quanto a vínculos de fim, como, por exemplo, a vinculação aos direitos fundamentais (GONÇALVES. *O contrato administrativo*, p. 35-36).

daí de certa forma defluiu, urge explicitar as razões para a proposta de contratualização.

A primeira razão para a adoção de relação contratual liga-se a uma concepção do Estado que, mesmo sem se envergonhar de ser Estado,⁹³ não atua sempre à margem do consenso nas relações jurídicas que firma com sujeitos de direito, abre-se para a participação no exercício da função administrativa num quadro jurídico-político conformado pelo modelo de Estado de Direito Democrático e Social.⁹⁴ Na seara do Direito Administrativo essa razão manifesta-se com muita clareza na procedimentalização da atividade administrativa, ou seja, para além da sua estruturação a partir de relações jurídicas, na compreensão “do procedimento como estrutura de relacionamento e matriz de interação entre Administração e particulares”.⁹⁵ A procedimentalização da atividade administrativa, ademais de juridicizar o *iter* dessa atividade, permeia-a da participação dos interessados, sejam eles cidadãos externos à organização administrativa, sejam servidores ou outros sujeitos em relações jurídicas específicas, e permite vislumbrar a incidência dos direitos fundamentais, tanto como direitos fundamentais procedimentais, quanto como parâmetros substanciais conformadores do procedimento. A procedimentalização, como se vê, conecta-se com a juridicização e jusfundamentalização da administração, superando-se pretensas impermeabilidades.

A procedimentalização da atividade administrativa ou, sob outro prisma, a afirmação de um amplo “princípio do devido procedimento equitativo”,⁹⁶ incidindo necessariamente sobre a seara da função pública,

⁹³ Essa expressão foi colhida em SOARES, Rogério Ehrhardt. Codificação do procedimento administrativo hoje, *Direito e justiça*, Lisboa, v. 6, p. 24, 1992.

⁹⁴ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 59-60; SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría del derecho administrativo como sistema*, p. 362; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. El procedimiento administrativo, entre el principio del Estado de Derecho y el principio democrático. In: BARNÉS, Javier (Coord.). *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 317/322; SEPE, Onorato. Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, ano XLII, p. 331, 1992.

⁹⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Prefácio. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Não se trata aqui de expor em pormenor esta questão, como se vê, revisita-se o equilíbrio explicitado em NETTO. *A contratualização da função pública*, especialmente p. 87 et seq., entre procedimento administrativo e relação jurídica, em favor do procedimento.

⁹⁶ A expressão tem sido utilizada por José Manuel Sérvulo Correia, que explica o processo de reconhecimento deste princípio. Para uma exposição acerca deste princípio como coroamento da paulatina procedimentalização da administração pública, sem o qual esta restaria carecida de importante conteúdo axiológico, vide NETTO. *Participação administrativa procedimental*; BITENCOURT NETO, Eurico. *Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

impõe, por outro lado, que se reconheça que unilateralidade e participação não se excluem em absoluto. Significa isso que a assunção do procedimento como matriz do relacionamento também da Administração com seus agentes, num prisma que excede noções reducionistas baseadas em uma concepção processual-judicializada,⁹⁷ permite vislumbrar a participação dos agentes, quebrando a visão unilateral autoritária, sem necessariamente apontar para a adoção de um modelo contratual que se estenda sobre todo o conteúdo da relação de função pública.

No procedimento, do qual a participação é elemento indissociável e essencial, dilui-se, em certa medida, a distinção estanque entre atos unilaterais e consensuais. Um ato unilateral certamente não deixa de o ser pelo fato de a sua edição ser procedimentalizada, mas, considerando a forma como o procedimento for previsto, não resta dúvida de que seu conteúdo, ainda que resulte formalmente da vontade de apenas um sujeito, pode (e, em geral, deve, se se tomar a sério o princípio do devido procedimento equitativo) materialmente configurar uma construção procedimental participada. Por outro lado, sabe-se, como já se disse, que instrumentos bilaterais, como os contratos, muitas vezes, têm o seu conteúdo fortemente condicionado heteronomamente pela legislação ou determinado por uma das partes. Por isso, é importante o enquadramento procedimental, para que se perceba como a participação dialógica é essencial para permear mesmo a unilateralidade de notas de consensualidade.⁹⁸

Ainda assim, sem desconhecer as potencialidades da procedimentalização — e da participação dialógica —, não se reputa suficiente a sua adoção isolada, propugna-se que seja inserida num quadro de contratualização da função pública, em que se viabilize necessariamente a participação co-constitutiva.⁹⁹ Isso porque se entende que, no cenário brasileiro atual, insta criar espaço para efetiva autonomia na disciplina da relação de função pública, é preciso e urgente inaugurar uma disciplina fundada no equilíbrio entre heteronomia e autonomia.

De fato, a teoria estatutária e sua compreensão excludente da autonomia não se adéquam ao Estado de Direito Democrático e Social, quer

⁹⁷ Sobre uma visão processual do procedimento administrativo e sua crítica, consulte-se NETTO. *Participação administrativa procedimental*, especialmente p. 53 et seq.

⁹⁸ GONÇALVES. *O contrato administrativo*, p. 24-25.

⁹⁹ Sobre a participação dialógica e co-constitutiva, suas distinções e potencialidades, vide, CORREIA, José Manuel Sérvulo. O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa. *Cadernos de Ciência da Legislação*, n. 9/10, p. 133-164, jan./jun. 1994; CORREIA. Prefácio, p. 16-17. In: NETTO. *Participação administrativa procedimental*; NETTO. *Participação administrativa procedimental*, p. 79 et seq.

sob o prisma do agente público, quer sob o prisma da organização administrativa; este modelo estatal, exigente da juridicização e procedimentalização da administração pública, comprometido com o exercício democrático das tarefas estatais e balizado pelos direitos fundamentais, não se coaduna com uma disciplina da função pública exclusivamente heterônoma, reclama que a heteronomia se equilibre com autonomia. Em outras palavras, que unilateralidade e consensualidade se equacionem na construção de um modelo mais adequado.

A segunda razão para a defesa da contratualização da função pública, sem traçar uma escala de importância e sem pretender exaurir tais razões, liga-se aos direitos fundamentais. Certamente não se entende que a função pública estatutária é totalmente incompatível com as exigências e balizamentos jusfundamentais; é possível um modelo estatutário, superada a clássica concepção de relação de especial sujeição, que se coadune com vinculações advindas dos direitos fundamentais. Não obstante, considerando as imposições jusfundamentais mais especificamente incidentes sobre a fixação da disciplina da relação de função pública, que apontam para a necessária participação dos agentes públicos, para a sindicalização e a greve — deixando por ora de cogitar das imposições mais diretamente ligadas às garantias da prestação de trabalho subordinado e, ainda, ao acesso à função —, não há como negar que tais vinculações se adaptam muito mais confortavelmente a um modelo contratual que a um modelo integralmente unilateral estatutário. Estes direitos reclamam de forma inegável algum espaço de autonomia, mormente coletiva, de participação co-constitutiva para os agentes públicos, não se satisfazem com a determinação integral do regime da função pública por instrumento unilateral.

Nesse sentido, a consagração constitucional explícita dos direitos fundamentais de greve e sindicalização no âmbito da função pública coloca em xeque a viabilidade de manutenção de um regime unilateral estatutário; o quadro jusfundamental irradia-se sobre a configuração da disciplina da função pública impondo a estruturação de espaços de autonomia, ou seja, aponta para a contratualização.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Para uma aproximação à capacidade irradiadora dos direitos fundamentais, confirmam-se, entre muitos, ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft. Rechtslehre*, 18. Band, 1987, Heft 4, p. 405; ALEXY, Robert. *Grundrecht als subjektive Rechte und als objektive Normen. Der Staat*, 29. Band, Heft 1, p. 49-51, 1990; ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing and rationality. Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 132 et seq., jun. 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68-70; NOVAIS. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 80 et seq.

De fato, para além de razões teórico-dogmáticas genéricas, ligadas à conformação do Estado de Direito Democrático e Social, que sinalizam favoravelmente à contratualização, é inequívoca a orientação do quadro constitucional da função pública brasileira nesse sentido. A consagração da greve e da sindicalização dos agentes públicos plasmou uma mudança radical na configuração da função pública brasileira, que reclama a superação do modelo estatutário tal como se tem hoje no Brasil, principalmente diante da interpretação jurisprudencial e doutrinária largamente majoritária que dele se faz. Essa consagração abre a porta à autonomia; tomar a sério estas previsões constitucionais — originárias! — leva à necessidade urgente de criar instrumentos jurídicos para o exercício da autonomia na relação de função pública, ou seja, para a disciplina não exclusivamente unilateral e heterônoma desta relação. Sob o prisma procedimental, insta criar um marco normativo infra-constitucional que equacione participação dialógica e co-constitutiva.

Dessas considerações parte a defesa da contratualização da função pública brasileira: contratualizar no sentido de estruturar a relação de função pública de modo a comportar âmbitos de heteronomia acompanhados de âmbitos de autonomia, numa combinação equilibrada, ou seja, criar juridicamente espaço para a determinação de disciplina não exclusivamente unilateral, ainda que os instrumentos dessa determinação possam variar.

Com esse objetivo, de afirmar o cabimento e a necessidade da contratualização, dirigiu-se a crítica ao modelo estatutário, procurando demonstrar que sua configuração jurídico-positiva e sua apreciação doutrinária e jurisprudencial no Brasil inviabilizam o reconhecimento de espaços de autonomia, quer para a Administração, quer para os agentes públicos, razão pela qual se insiste em uma efetiva contratualização.

5.2 Recusa a uma mera mudança de rótulo

Antes de indicar idéias-força para a adoção de relação contratual de função pública é imprescindível enfrentar a afirmação de que é possível considerar o atual regime da função pública brasileira como contratual, sem qualquer alteração normativa.

As críticas à concepção estatutária avançadas demonstram muito da incorreção da sua defesa e acabam por mostrar também a viabilidade de adoção de contrato, desfeito o mito da oposição radical entre regime estatutário e regime contratual, mas tais críticas não levam por si sós a sustentar

que o regime atual da função pública brasileira é contratual ou que pode ser visto como contratual.

É preciso frisar este ponto, pois ele é de fulcral importância para a compreensão correta da proposta de contratualização da função pública. Uma coisa é sustentar que os regimes se aproximam e que também no regime contratual, por exemplo o trabalhista, há forte incidência de determinação legal da disciplina com restrição do âmbito de manifestação de vontade das partes e, partindo disso, defender a viabilidade de regime contratual para a função pública. Outra coisa — bastante distinta — é sustentar que a constatação da proximidade dos regimes e a necessidade de superar a concepção estatutária levam a afirmar que o regime atual da função pública brasileira pode ou deve ser considerado contratual, sem qualquer modificação no seu quadro normativo.¹⁰¹ A revisitação crítica da teoria estatutária não viabiliza, sem mais, concluir nesse sentido e dar por satisfeita a empreitada.

Fica claro que é insuficiente simplesmente tomar o regime atual da função pública como contratual quando se relembra o quão arraigada é a concepção estatutária no Brasil. Não se deve esquecer que foi a defesa tradicional da teoria estatutária o principal argumento para impedir a aceitação, no cenário brasileiro, da negociação coletiva na função pública. Não é desarrazoado conectar a isso — para além de motivos políticos outros — a omissão na regulamentação do direito de greve na função pública e a quase completa ausência de cogitação de negociação e contratação coletiva e da respectiva disciplina jurídica.

Além disso, o parâmetro utilizado para afirmar a viabilidade de simplesmente considerar o regime atual da função pública brasileira como contratual, sem alteração do seu marco normativo, é ele próprio inexato. Partir da existência, no Direito do Trabalho, de forte disciplina legal e daí concluir que na função pública também pode haver relação contratual mesmo que o regime esteja *integralmente* previsto em lei é uma afirmação que deixa de fora aspectos importantes da questão e empobrece sobremaneira a discussão sobre a contratualização. Em primeiro lugar, é de perguntar qual seria a vantagem de contratualizar a função pública se o seu

¹⁰¹ Diante da CR/88, não se tratando de Direito do Trabalho, o quadro normativo infra-constitucional da função pública é definido em cada esfera política. Toma-se como ponto de partida para a argumentação aqui desenvolvida o quadro estabelecido no âmbito federal, atualmente ainda plasmado na Lei nº 8.112/90, editada como o regime jurídico único de caráter estatutário dos agentes públicos federais.

regime devesse ou pudesse continuar integralmente previsto em lei; seria apenas uma mudança de nome?¹⁰² Em segundo lugar, desconhece-se que, se no Direito do Trabalho há forte incidência de disciplina legal, essa circunstância não autoriza ignorar a distinção entre normas cogentes e dispositivas, não autoriza ignorar que há algum espaço para a incidência da vontade das partes na disciplina da relação; basta pensar nas convenções e acordos coletivos de trabalho, basta pensar em ajustes específicos entre as partes, ainda que residuais.

Uma eventual afirmação de que hoje já seria possível vislumbrar a função pública brasileira como contratualizada deixa por explicar em que âmbito poderia ocorrer a manifestação da vontade das partes para além da formação do vínculo, principalmente diante do princípio da legalidade. Insta questionar o que haveria de contratual nesse regime, pois se a lei o prevê integralmente, de forma cogente, não resta qualquer espaço para que a Administração pactue nada com os servidores públicos, ainda que num círculo limitado legalmente. Em outras palavras, não se indica o espaço da autonomia na regulação da relação. Uma mera assunção de que já se tem um modelo contratual na função pública brasileira leva a que nada seja alterado, mantendo-se o regime estatutário, ainda que se lhe dê um rótulo contratual; ao invés de contribuir para a criação de um espaço de autonomia na determinação do regime, afirma-se que este espaço pode ser nenhum, apelando-se a uma pretensa situação análoga no Direito do Trabalho. Além disso, fica por esclarecer se se mantém alguma diferença entre um regime contratual e um estatutário, se ainda é viável algum regime estatutário na atualidade ou se todos os regimes se tornam contratuais por qualquer manifestação de vontade; questões que, como se percebe, têm implicações mais gerais no âmbito do Direito Administrativo.

Seguindo a argumentação aqui desenvolvida, tem-se por insustentável essa afirmação de que a função pública brasileira, mantida a situação legal atual, pode ser considerada relação contratual; o que não quer dizer que não seja viável — e mesmo necessária — a mudança no sentido da contratualização. O regime atual não é contratual e não comporta ser considerado contratual, pois não há espaço de contratualização, não há qualquer espaço para autonomia na disciplina da relação de função pública. Ainda que

¹⁰² Resta perguntar se, diante da tradicional defesa da relação estatutária no Brasil, essa mudança de nome ou de concepção, sem alteração no marco normativo, levaria a algum efeito jurídico concreto tal como aqui postulado, com base na crítica à teoria estatutária, no sentido da adequar a relação de função pública ao quadro firmado pelo Estado de Direito Democrático e Social.

pontualmente possa ter havido algum esforço inicial no sentido de identificar um tal espaço no regramento da função pública brasileira, forçoso é reconhecer que, além de não ser inequívoco, não obteve êxito e encontra-se radicalmente abafado pela interpretação jurisprudencial e doutrinária dominantes.¹⁰³

Uma efetiva alteração na concepção da função pública brasileira, condizente com o que se expôs anteriormente, com destaque para as exigências do Estado de Direito Democrático e Social e dos direitos fundamentais, requer que se discuta realmente o caminho da contratualização, o espaço da autonomia. E esse caminho, como aqui concebido, postula, mais que uma mudança de rótulos, uma mudança de marco normativo. É o que se passa a explorar.

5.3 Relação contratual de função pública

A configuração contratual da relação de função pública que é aqui defendida centra-se, para além da crítica à teoria estatutária, já exposta, e da possibilidade de equacionar contratualmente tal relação, a ser exposta, na compreensão do contrato como figura integrante do elenco de instrumentos de atuação administrativa. Se nos primórdios da elaboração do Direito Administrativo houve tergiversações a esse respeito, hoje não há dúvida de que o contrato, ao lado do ato administrativo, constitui forma normal e imprescindível de ação administrativa.¹⁰⁴

Pedro Gonçalves registra resistências à figura do contrato em cenários iniciais do desenvolvimento do Direito Administrativo como forma de vincar a sua autonomia, vencidas as quais considera que houve a aceitação generalizada da figura, quer na sua inspiração germânica, quer francesa. O autor reforça a identidade e a existência do contrato administrativo propriamente dito e destaca que este passou a ser admitido, inclusive sobre o exercício de poderes públicos, mostrando que a Administração aí comparece numa posição diferente dos sujeitos privados.¹⁰⁵

¹⁰³ Cogita-se da reflexão avançada por Florivaldo Dutra de Araújo, que, interpretando o art. 13 da Lei nº 8.112/90, asseverou que se teria criado um regime híbrido, constituído de normas que não podem ser alteradas unilateralmente, ligadas aos direitos e aos deveres dos agentes, e normas que podem ser alteradas pelo Estado. O autor considera que houve a consagração de normas de cunho bilateral e normas de cunho unilateral, trazendo-se, com este artigo, novos traços para o regime da função pública, com o abandono da concepção unilateral clássica (ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 208-210). Vide, ademais, SILVA. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*, p. 140-141, 151, 226.

¹⁰⁴ GONÇALVES. *O contrato administrativo*, p. 27/36 et seq.

¹⁰⁵ GONÇALVES. *O contrato administrativo*, p. 11-12, 14, 19. Para a discussão sobre a autonomia do contrato administrativo, vide, dentre muitos, não necessariamente com opiniões coincidentes: ESTORNINHO. *Requiem*

Afirmando, diversamente, a aproximação dos contratos administrativos e dos contratos de Direito Privado, Maria João Estorninho chama a atenção para a valorização do contrato no *instrumentarium* jusadministrativo influenciado pelas mudanças nas tarefas estatais e administrativas e na conformação da própria Administração Pública. A maior utilização do contrato pela Administração Pública torna-se cada vez mais inegável e insere-se num movimento de busca de uma atuação mais consensualizada e menos unilateral e impositiva, bem como de aproximação das formas de agir administrativas às formas jurídico-privadas. Nesse cenário, diversificam-se as espécies contratuais utilizadas pela Administração Pública.¹⁰⁶

Sem descer a minúcias sobre a figura do contrato administrativo, hoje indiscutivelmente integrante do instrumental de atuação administrativa¹⁰⁷ — ao lado ainda do contrato privado —, o que se verifica é a possibilidade de equacionar diversas relações ligadas às mais variadas tarefas estatais e também às inúmeras atividades-meio em termos contratuais, envolvam elas ou não o exercício de alguma parcela de prerrogativas públicas. Partindo dessa constatação, que se toma aqui como acertada, ainda que no cenário brasileiro haja vozes contrárias à transferência de prerrogativas públicas por meio contratual, intenta-se indicar linhas gerais da estruturação contratual da função pública.

Uma precisão que urge ser feita na defesa desta estruturação contratual concerne o princípio da legalidade, anteriormente apenas mencionado, que rege a administração pública por expressa imposição constitucional. A compatibilidade do modelo contratual de função pública com as imposições do princípio de legalidade, que poderia parecer inviável, mostra-se possível quando se compreende, entre outras coisas, a distinção entre *prevalência de lei e reserva de lei*.¹⁰⁸ A prevalência ou primazia de lei determina que a lei se sobreponha aos outros atos estatais, mormente aos

pelo contrato administrativo, p. 71-77, 141-183; GONÇALVES. *O contrato administrativo*; DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 239-240; MONCADA, Luís S. Cabral de. O problema do critério do contrato administrativo e os novos contratos-programa. In: MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 7-49; BAENA. *La modificación del contrato administrativo de obra*, p. 15-27; MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 188; MELLO. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., p. 533-539; FREITAS. Dos contratos públicos, p. 175; CRETELLA JÚNIOR. *Direito administrativo do Brasil*, p. 157; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 503.

¹⁰⁶ ESTORNINHO, Maria João. *Contratos da Administração Pública: esboço de autonomização curricular*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 42 et seq.

¹⁰⁷ Para considerações a esse respeito, com indicações bibliográficas, vide NETTO. *A contratualização da função pública*, p. 183 et seq.

¹⁰⁸ Para desenvolvimentos acerca do princípio da legalidade, suas acepções, análise comparada e vasta indicação bibliográfica, consulte-se CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. especialmente p. 33 et seq.

atos do Poder Executivo; os atos do Executivo são infralegais, seja no aspecto negativo — proibição de violação da lei —, seja no aspecto positivo — exigência de observância e aplicação da lei.¹⁰⁹ A *reserva de lei* determina um conjunto de matérias somente passíveis de regulação por meio de lei, estabelece uma reserva de matérias insuscetíveis de disciplina originária e inaugural pelo Poder Executivo. Isso não quer dizer, como se percebe, que a reserva de lei vede a existência de normas jurídicas veiculadas por outras fontes normativas que não a lei na disciplina das matérias reservadas. A disciplina primeira e superior, contentora dos aspectos essenciais, tem de advir de lei do Poder Legislativo, mas subordinadamente à lei podem ser emanadas normas sobre a mesma matéria por intermédio de outras fontes, desde que consentâneas com o regramento legal.¹¹⁰

A imposição constitucional de legalidade para a administração pública, que se entende abarcar também a disciplina da relação de função pública,¹¹¹ não impede a adoção de um modelo contratual, uma vez que é perfeitamente viável que a lei que disciplina a função pública preveja e regule relação contratual. Esta “lei base” satisfaz a exigência de legalidade em seus dois sentidos; serve de fundamento legislativo para a atuação administrativa e carrega os aspectos essenciais da disciplina. Tratando da possibilidade de negociação coletiva na função pública, Florivaldo Dutra de Araújo afirma justamente que a legalidade não afasta a utilização de instrumentos bilaterais no exercício da função administrativa.¹¹²

Gizada a viabilidade de convivência da legalidade com a adoção de um modelo contratual de função pública, deixando para outra oportunidade a discussão sobre o modelo contratual específico que deveria ser adotado — se contrato administrativo, se contrato privado, se o modelo contratual trabalhista —, defende-se, a princípio, a adoção de um modelo contratual regido pelo Direito Administrativo.

O contrato administrativo apresenta como traços essenciais, decorrentes de seu caráter efetivamente contratual e de sua inserção na

¹⁰⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999. p. 669-670. Confira-se, ainda, MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, p. 63-64.

¹¹⁰MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*, p. 24; MONCADA, Luís S. Cabral de. A reserva de lei no actual direito público alemão. In: MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 105; MONCADA. As relações especiais de poder no direito português, p. 240-241.

¹¹¹Vejam-se, a propósito, os arts. 37 e 61, CR/88.

¹¹²ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 382; SILVA. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*, p. 102.

atividade estatal, a consensualidade e a prossecução do interesse público, ou seja, o contrato se forma por acordo de vontades, ao contrário do ato administrativo, e tem finalidade pública.¹¹³ Tem-se, assim, que o contrato administrativo é um acordo de vontades que celebra a Administração com terceiros¹¹⁴ com vistas à prossecução do interesse público, previsto e regrado por meio de disciplina legal e sobre o qual pode a Administração exercer poderes unilaterais conferidos e limitados legalmente para adequá-lo às exigências do interesse público, respeitados os direitos dos particulares.

É possível conceber o contrato administrativo de trabalho, fundamentado em disciplina legal que confere à Administração os poderes necessários para garantir a prossecução do interesse público, visando, especificamente nesta espécie de contrato, à direção da prestação de trabalho pelos agentes públicos, sua organização e integração na atividade estatal. Essa mesma disciplina deve cuidar igualmente da tutela do trabalho subordinado — devem ser previstas garantias para o agente público, principalmente em face do poder de alteração unilateral conferido à Administração. E, por fim, para alcançar a finalidade de possibilitar a participação dos agentes públicos na determinação da disciplina que rege sua prestação de trabalho ao Estado, a disciplina legal da atividade contratual na seara da função pública não deve constituir-se integralmente de normas cogentes: deve, diversamente, deixar espaço para a pactuação consensual, seja por instrumentos individuais, seja por instrumentos coletivos. Verifica-se, assim, que o modelo contratual de função pública que ora se está a propor não importa em total abandono da lei e de outras manifestações unilaterais por parte do Estado; a disciplina contratual não prescinde de previsão e fixação prévia dos aspectos essenciais por meio de lei,¹¹⁵ mas, por outro lado, implica a necessária previsão de espaços de pactuação.

A “lei base” deve tratar dos elementos básicos e essenciais da relação de função pública, prevendo as competências da Administração, seus deveres e direitos em face dos agentes públicos, bem como os deveres e direitos destes. Por outro lado, a “lei base” deve trazer as previsões acerca da esfera

¹¹³ ESTORNINHO. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 116-119; MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, p. 127.

¹¹⁴ É certo que, num contrato administrativo de trabalho, a posição dos particulares como terceiros é matizada pela sua inserção na organização administrativa, mas sempre nos moldes acima aventados, que impedem uma identificação absoluta entre Estado e agente público.

¹¹⁵ FERNANDES. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*, p. 31; ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 132.

deixada ao consenso das partes, ou seja, deve delimitar o campo aberto para a atividade normativa pactuada, bem como deve advir, dessa ou de outra fonte legal, o regramento dos procedimentos de pactuação, de exercício de autonomia coletiva.

A circunstância de o modelo contratual de função pública gizado apresentar parcela de seu conteúdo disciplinada em lei, por meio de normas cogentes, não retira seu caráter contratual se efetivamente houver algum espaço deixado para a manifestação de vontade das partes, para além da formação do vínculo. A existência de conteúdo do regime determinado por diploma legal não é o bastante para descaracterizá-lo como contratual, desde que essa determinação não seja exaustiva e não impeça ou afaste total e integralmente a possibilidade de disciplina consensual.

O princípio da legalidade, que deve ser interpretado de forma consentânea com a esfera onde está a ser aplicado, deve ser satisfeito por meio das previsões da “lei base” quanto às normas cogentes e supletivas, isto é, compraz-se com a previsão em lei dos aspectos essenciais da disciplina da atividade contratual do Estado na função pública. A disciplina exaustivamente legal deve ser afastada em virtude de se tratar da esfera da função pública, que, por tudo o que se disse até agora, não a merece nem comporta no Estado de Direito Democrático e Social, em que se consagram os direitos coletivos dos agentes públicos; tem que haver algum espaço para a contratação, seja individual seja coletiva, contratação esta que tem de ser feita segundo os parâmetros, limites e possibilidades definidos nas normas gerais trazidas pela “lei base”. O quadro jusfundamental e mais especificamente o reconhecimento da autonomia coletiva na seara da função pública impõem que o Estado parametrize a sua intervenção legislativa na matéria, não devendo fixar de maneira exaustiva, por normas impositivas, as condições de prestação de trabalho, o regime da função pública.¹¹⁶ O estatuto, a “lei base” da função pública deve trazer sua disciplina essencial e deve balizar o espaço de autonomia.

Além disso, a “lei base” deve apontar critérios para a contratação individual com vistas a preservar o princípio maior de igualdade, já que

¹¹⁶É o que escreve João Caupers: “... o reconhecimento pelo Estado da autonomia coletiva, ou do direito de autoregulação coletiva do trabalho, impõe que o próprio Estado limite a sua intervenção legislativa na fixação de condições de trabalho. Para ter o direito de negociar coletivamente é preciso haver matéria negociável. Se o Estado multiplicar, como sucede entre nós, as disposições legais inderrogáveis (em sentido mais favorável aos trabalhadores, entenda-se), o direito de contratação coletiva vai-se esvaziando progressivamente de conteúdo” (CAUPERS. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, p. 106).

o contrato administrativo de trabalho não deve servir como instrumento de favoritismo ou perseguição. Não é ofensa à igualdade a previsão de diferenciações baseadas em critérios objetivos que as justifiquem e que encontrem lastro em valores acolhidos constitucionalmente.¹¹⁷ Na maioria dos casos, no entanto, o que deve ocorrer é uma padronização legal dos contratos relativos a determinadas funções, órgãos, profissões etc., como ocorre na seara do Direito do Trabalho, mostrando a conveniência do tratamento destas relações no campo da contratação coletiva, do exercício dos direitos coletivos pelos agentes públicos.

Não parece restar dúvida de que a contratualização da função pública, sua estruturação sobre substrato relacional e não unilateral estatutário, oferece pressuposto jurídico mais adequado à consagração e efetivação dos direitos coletivos dos agentes públicos. Como assinala Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa, a teoria estatutária, na verdade, não comporta a greve, a sindicalização e a negociação coletiva. Diversamente, a concepção contratual condiz com a aceitação da negociação coletiva, pois há integração dos direitos coletivos constitucionais da função pública nesta relação em virtude da lógica da reciprocidade.¹¹⁸ Entende-se que a tese contratualista não só permite a aceitação radical dos direitos coletivos, como favorece o reconhecimento dos interesses coletivos dos agentes públicos.¹¹⁹

Já se disse que não há uma ligação imprescindível entre regime contratual e direitos coletivos na função pública ou outros direitos fundamentais, ainda assim, a efetividade de tais direitos é distinta conforme se esteja em um contexto unilateral ou consensual.¹²⁰ No modelo unilateral estatutário, vigora a unilateralidade, o que faz com que se aceite mais facilmente apenas a negociação consultiva, que mantém sob a batuta estatal a determinação unilateral das condições de trabalho;¹²¹ as decisões finais dependem de ato unilateral do Estado, o que, malgrado as imposições dos princípios de moralidade e boa-fé, enfraquece o conteúdo dos referidos direitos coletivos dos agentes públicos, bem como fragiliza a viabilidade

¹¹⁷ SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, p. 316-317.

¹¹⁸ SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, p. 389-390.

¹¹⁹ Para mais desenvolvimentos acerca dos interesses coletivos, consulte-se ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 221-225.

¹²⁰ Por certo, não se desconhece que há ordenamentos que consagram modelo estatutário e admitem os direitos coletivos dos agentes públicos, como, por exemplo, a França, a Espanha e a Alemanha. No entanto, como noticia Florivaldo Dutra de Araújo, em regra, quando há regime estatutário a negociação é meramente consultiva (ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 298-327, 336-368).

¹²¹ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 415.

de defesa de interesses coletivos. Diversamente, em modelo contratual, no espaço da autonomia, a regulamentação daí advinda é bilateral, o que implica em, por meio de negociação, procurar consenso para a decisão bilateral.¹²² A sindicalização e a greve — que coadjuvam a negociação coletiva, a concertação entre o Estado e seus agentes acerca das normas que regem sua relação — encontram efetividade radical em modelo contratual.

Partindo da realidade brasileira, não é menos importante enfatizar que a contratualização, afastando a idéia de unilateralidade como dominante na função pública, abre caminho para a disciplina dos direitos coletivos. De fato, assiste-se no Brasil, após mais de 20 anos da promulgação da CR/88, a uma inaceitável violação dos direitos coletivos na seara da função pública pela ausência de disciplina legal, como se não se tratasse de direitos fundamentais, num desrespeito frontal à Constituição, o que pode ser, em grande medida, debitado na conta dos dogmas estatutários, tão acriticamente arraigados na doutrina e jurisprudência pátrias. Não obstante a inexistência de disciplina jurídica (e mesmo sua vedação), que viola os direitos coletivos da função pública, alguma negociação ocorre, o que corrobora a necessidade de disciplina jurídica.¹²³

Por tudo o que se vem de dizer, defende-se a contratualização da função pública brasileira, sendo este o núcleo temático das discussões que se reputam inadiáveis nesta seara, a seguir brevemente alargado.

6 Notas conclusivas: algumas discussões inadiáveis sobre a função pública brasileira

A argumentação desenvolvida objetivou explicitar incongruências na defesa do vínculo estatutário como único ou mais adequado à relação de função pública, mostrando que não há o distanciamento abissal com referência a um modelo contratual, freqüentemente apregoado, e que muitas das suas pretensas vantagens consistem não em características exclusivas, mas num discurso hiperbolizado ou baseado em concepções a serem ultrapassadas, pois incompatíveis com o Estado de Direito Democrático e Social.

Essa, por si só, é uma discussão inadiável no Brasil relativamente à função pública. Mais que a repetição acrítica de afirmações, a cristalização de dogmas já infundados ou desajustados à realidade normativa e fática, é

¹²² ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 419.

¹²³ ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, p. 151.

preciso aprofundar a discussão acerca dessa pretensa oposição entre o modelo unilateral e modelos contratuais, tendo como pano de fundo a permeabilidade da Administração Pública, como aparelho e como atividade, aos princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito Democrático e Social, com destaque para a juridicidade e a democracia, bem como a irradiação dos direitos fundamentais nesta seara.

A argumentação que se expôs visa, assim, sinalizar para uma das discussões centrais da função pública brasileira e que se tornou mais premente após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 2.135-4/DF, mas não é a única, como dito.

Seguindo esta toada, não se pode fugir à investigação acerca de uma eventual reserva constitucional de função pública, ou mesmo sobre a configuração da função pública como garantia institucional, ou seja, verificar e fundamentar na Constituição a existência de um regime específico para os agentes ligados a certas atividades estatais, cuja peculiaridade se justifique em virtude das atividades e fins estatais, mas sempre sem deixar de tutelar também a relação jurídica firmada entre agente e Estado. Essa discussão pode levar à delimitação de uma reserva de função pública, com implicações, no caso específico brasileiro, para a definição desse pretense regime jurídico *único*. Trata-se de duas discussões distintas, pois uma tal reserva não implica, como aqui se entende, a adoção de um regime estatutário.

De fato, a problemática subjacente à imposição de um regime jurídico único ainda merece atenção. Doutrina e jurisprudência polarizaram-se, após a promulgação da CR/88, basicamente em torno da defesa do regime estatutário ou do regime trabalhista. Há uma série de outros problemas dogmáticos e práticos que continuam a reclamar enfrentamento. Deu-se a entender que a unicidade se refere à *natureza* do regime — se estatutário ou contratual — mas a dicção do preceito pode levar a considerações mais complexas, pois se fala em *regime* único, o que leva a perquirir acerca do que deve ser unificado e do que pode ser diferenciado. Se se assumir, por exemplo, que o regime é estatutário, podem ser feitas tantas previsões legais quantas forem as carreiras, em outras palavras, quando é cabível um estatuto especial em face do estatuto geral? O regime continua a ser único? Essas perguntas, que parecem banais e que talvez fossem facilmente respondidas apontando-se para a unicidade da natureza do regime, não são tão banais assim, pois trazem à tona a fragilidade da pretensão de submeter o universo variado da função pública a um regime verdadeiramente único. Aqui se

coloca uma das discussões mais importantes, apesar de não parecer nova e de datar da promulgação da Constituição: o quão único pode ser o regime da função pública?

Desemboca-se, assim, no que se entende ser o ponto que realmente está a exigir discussão no Brasil: qual deve ser o espaço para a autonomia e para a heteronomia nas fontes da disciplina da função pública? Quais são as matérias que devem ser disciplinadas unilateral e heteronomamente, quais são aquelas em que deve incidir o exercício da autonomia e com que extensão? Quais são os procedimentos necessários e adequados para este exercício? Mais que discutir nomes e qualificações, urge encontrar um equilíbrio entre a determinação heterônoma do regime da função pública e âmbitos de determinação autônoma — por meio de instrumentos jurídicos coletivos, pela procedimentalização desta seara com a estruturação de espaços de participação não meramente dialógica mas também co-constitutiva. Talvez essa seja a saída que viabilize um regime geral unitário e legal com modulações para a abertura ao exercício de autonomia coletiva segundo o variado universo da função pública, arquitetando-se um regime que vá de um pólo de feição predominantemente heterônoma a pólos mais abertos à determinação autônoma.

Certamente essa questão convoca a discussão acerca da natureza do regime contratual a ser adotado. Como se disse, assumiu-se aqui como modelo, para argumentar favoravelmente à contratualização da função pública, o contrato regido pelo Direito Administrativo. Mas muito mais há a percorrer neste caminho. Urge discutir seriamente a adoção do modelo trabalhista — largamente difundido, mesmo diante da previsão constitucional originária, por exemplo, no âmbito municipal — e sua (in)compatibilidade com a administração pública, procurando delimitar e sistematizar os espaços de sua utilização e as adaptações impostas pelas vinculações jurídico-públicas. Percebe-se que se toca, aqui, o tema da *privatização* da função pública, de cuja análise também não se deve desviar. Além das potencialidades do modelo trabalhista na seara da função pública, é preciso aprofundar as investigações e discussões sobre o eventual modelo contratual público a ser adotado.

Somente a partir do enfrentamento destas questões basilares da função pública e do norteamento que daí advier poderão ser tratadas outras questões igualmente inadiáveis, que continuam a reclamar discussão, construção de marcos normativos adequados e desenvolvimento dogmático.

Pense-se na efetivação das noções de mérito e profissionalização, que refletem na estruturação das carreiras, no acesso à função pública, no estágio probatório e nos procedimentos de avaliação permanente, para ficar com apenas alguns exemplos.

Por último, mas não menos importante, surge, intimamente ligada à temática da contratualização, a disciplina da greve e da negociação coletiva na função pública;¹²⁴ a realidade tem demonstrado o quão inadiáveis são a discussão e a criação de uma disciplina legal para o exercício do direito fundamental de greve na seara da função pública e para a negociação coletiva, que reclama uma procedimentalização adequada às peculiaridades da administração pública. A falta dessa disciplina priva os agentes públicos da proteção de posições jusfundamentais, bem como deixa, por outro lado, uma série de atuações administrativas à margem de balizamento legal. O exercício da autonomia coletiva no âmbito da função pública reclama enfrentamento.¹²⁵

Como se vê, das discussões inadiáveis sobre a função pública brasileira fica, em lugar do apontamento de uma resposta pronta e acabada, apenas um diagnóstico não exaustivo. A argumentação exposta, mais que o fornecimento de soluções absolutas e inquestionáveis, insere-se no esforço de afastar a “aceitação acrítica de certas teses que, como toda e qualquer idéia, necessitam ser permanentemente confrontadas com novas realidades e formulações teóricas”¹²⁶ e de buscar alternativas de reflexão, que também não devem ser aceitas acriticamente, sempre na tentativa de aprimorar as construções normativas e dogmáticas.

The Return of the Unified Legal Regime – Some Undelayable Discussions about the Brazilian Civil Service

Abstract: This article deals with the definition of the nature of the Brazilian civil service regime. It critically analyzes the statutory regime, largely defended, suggesting a contractualization of the realm of civil service

¹²⁴Vide, dentre muitos, sobre estas questões: ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*; NEVES, Ana Fernanda. Os “desassossegos” de regime da função pública. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLI, n. 1, p. 49-69, 2000.

¹²⁵ É sabido que o STF, no julgamento da ADIn nº 492-1, considerou incabível a negociação coletiva para a função pública brasileira. Tal julgamento, a nosso ver, não pode encerrar a questão, uma vez que, como aqui se entende, a negociação não é só cabível como reclamada no seio de uma função pública para a qual se consagraram constitucionalmente os direitos de sindicalização e de greve. Para uma discussão a respeito, vide ARAÚJO. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*, onde se encontram argumentos sobre a possibilidade e mesmo necessidade da negociação coletiva. Vide, ainda, SILVA. *Os servidores públicos e o direito do trabalho*, p. 95-96.

¹²⁶ ARAÚJO. Prefácio, p. XII. In: NETTO. *A contratualização da função pública*.

relations and the combination of heteronymous legal discipline with autonomous one as an avenue for the exercise of collective public servants' rights, since a contractual model suits more adequately within the frame of a State based on the principles of the rule of law, democracy and welfare.

Key words: Civil service. Unified legal regime. Statutory regime. Contractualization. Autonomy and heteronomy. Strike and collective negotiation.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. A volta do regime jurídico único: algumas discussões inadiáveis sobre a função pública brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 201-240, jul./set. 2009.

Recebido em: 25.05.09

Aprovado em: 20.08.09