

A “TEIA DE PENÉLOPE”: O REGIME DA FUNÇÃO PÚBLICA SOB O ENFOQUE METODOLÓGICO DE ARTHUR KAUFMANN

"PENELOPE'S WEB": THE CIVIL SERVICE'S REGIME UNDER THE METHODOLOGICAL APPROACH OF ARTHUR KAUFMANN

Juliana Brina Corrêa Lima de Carvalho¹

“A atividade de pensar é como a teia de Penélope: ela desfaz, todas as manhãs, o que havia tecido na noite anterior.” (ARENDR, Hannah. *The Life of the Mind*. New York: Harcourt, Inc., 1978, p. 88. Tradução livre.).

Resumo

Este artigo teve como objetivo analisar como se opera a mutabilidade da relação de função pública ao longo do tempo, considerando que, de um lado, há a garantia da estabilidade de direitos mínimos ao servidor e, de outro, há as contingências da realidade que impõem, em nome do interesse público, modificações nas condições de prestação do serviço. Para tal, buscou-se determinar em que consiste a unilateralidade na fixação e alteração do regime de função pública pelo Estado, a fim de se identificarem com precisão os limites de tais prerrogativas no modelo participativo instaurado pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista a tutela da situação jurídica do servidor público e a precisa delimitação dos âmbitos de heteronomia e autonomia, individual e coletiva, na regulamentação da relação de função pública. Após breve exposição do pensamento majoritário, no Brasil, acerca da natureza jurídica da relação de função pública, tal problema foi abordado à luz dos conceitos de analogia e “natureza da coisa”, na perspectiva metodológica de Arthur Kaufmann (1976), a fim de estudar a mutabilidade do regime de função pública sob o prisma mais amplo da tutela da relação de trabalho subordinado.

Palavras-chave: analogia; relação de função pública; unilateralidade; relação de trabalho.

1. INTRODUÇÃO

A natureza jurídica do vínculo formado entre o Estado e o servidor estatal ocupante de cargo público tem sido, tradicionalmente, definida pela doutrina como *estatutária*, cujo regime seria unilateralmente estabelecido e alterado pelo Estado sempre que necessário à consecução do interesse público.

Afirma-se, nessa esteira, que o chamado regime *estatutário* da função pública é o mais adequado à proteção da supremacia do interesse público, devido, precisamente, ao fato de ser

¹ Bacharel e Mestre em Direito e Justiça pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (2009). LL. M. em Direito Alemão pela Ludwig-Maximilians-Universität em Munique (2012). Extensão em Direitos Humanos e Direito Constitucional pela Harvard University (2012). Especialista em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG (2012). Especialista em Controle da Administração Pública pela Universidade Gama Filho – UGF (2005). Assessora no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais – TRE/MG. Professora de Direito.

fixado e alterado unilateralmente pelo Estado, bem como ao fato de nele não haver direito adquirido a regime jurídico. Estas são características reputadas exorbitantes em relação ao modelo contratual de prestação de trabalho e fundamentam a justificativa, elaborada pela doutrina majoritária, para a adequação e indispensabilidade do regime *estatutário* da relação de função pública.

Nesse raciocínio, entende-se que, diferentemente, nas relações contratuais, o prestador de trabalho influi na fixação das condições da prestação, o que não deveria ocorrer no âmbito da função pública, na qual o Estado necessita deter a prerrogativa de determinar e alterar unilateralmente o regime da relação, com vistas à consecução do interesse público.

A Constituição Federal de 1988, entretanto, consagrou, por meio da adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, o modelo participativo de função pública. Ademais, conferiu aos servidores públicos direitos mínimos por referência aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o que denota a institucionalização de certa proximidade entre os empregados do setor privado e os agentes públicos.

Influenciada, entretanto, pela concepção tradicional acerca da natureza do regime *estatutário*, a doutrina brasileira majoritária tem experimentado dificuldades em repensar, à luz do modelo instaurado pelo Estado Democrático de Direito, os conceitos de unilateralidade, autonomia da vontade, contrato, interesse público e direito adquirido.

Tais dificuldades suscitam conflitos e discussões na jurisprudência, no que tange à questão de se identificarem os limites das prerrogativas de alteração unilateral do regime de função pública pelo Estado em face da garantia de direitos adquiridos aos servidores. Ademais, ainda quando a legislação aponta no sentido da contratualização da relação de função pública, a convicção da doutrina e jurisprudência quanto à unilateralidade de tal relação faz com que, simplesmente, sejam ignoradas as disposições legais. Isso se constata a partir da análise, na ADIN 492-1/ DF, da interpretação conferida ao art. 13 da Lei nº 8.112/1990 e dos fundamentos da declaração de inconstitucionalidade do art. 240, alíneas “d” e “e”, do mencionado diploma legal.

Considerando-se que é de trato sucessivo a relação de função pública, adquire relevância a questão de se saber como se opera sua mutabilidade ao longo do tempo, visto que, de um lado, há a garantia da estabilidade de direitos mínimos ao servidor e, de outro, há as contingências da realidade que impõem, em nome do interesse público, modificações nas condições de prestação do serviço.

Surge, pois, o problema de se determinar em que consiste a unilateralidade na fixação e alteração do regime de função pública pelo Estado, a fim de se identificarem com precisão

os limites de tais prerrogativas no modelo participativo instaurado pelo Estado Democrático de Direito, tendo em vista a tutela da situação jurídica do servidor público e a precisa delimitação dos âmbitos de heteronomia e autonomia, individual e coletiva, na regulamentação da relação de função pública.

Neste trabalho, abordar-se-á tal problema à luz dos conceitos de analogia e “natureza da coisa”, na perspectiva metodológica de Arthur KAUFMANN (1976), a fim de se estudar a mutabilidade do regime de função pública sob o prisma mais amplo da tutela da relação de trabalho subordinado.

2. A SEMELHANÇA NA DIFERENÇA: ANALOGIA E “NATUREZA DA COISA”

2.1. A analogia e a metáfora: “secretas simpatias entre conceitos”

Conforme recorda Arthur Kaufmann ao retomar as lições da metafísica clássica, a “analogia do ser” significa que os seres individuais concordam e se diferenciam entre si e participam, ao mesmo tempo, mas de diferentes maneiras, de um ser uno que neles se realiza apenas analogicamente (KAUFMANN, 1976, p. 61).

Desta forma, o conhecimento da essência de um “ser concreto” é possível a partir da comparação com outro “ser concreto”. Suposta a completa heterogeneidade entre as coisas, não haveria possibilidade de comparação, nem de conhecimento, e todo “ser concreto” estaria ilhado em si mesmo. De outro lado, suposta a completa homogeneidade entre as coisas, todo “ser concreto” seria absorvido em um, constituindo mera repetição do mesmo ser. A metafísica clássica considera possível, portanto, o conhecimento não unívoco, analógico, da coisa em si (KAUFMANN, 1976, p. 62).

A analogia é, pois, processo de equiparação do diferente, de igualação do desigual, segundo um ponto de vista que se mostra como essencial. Trata-se, portanto, de uma igualdade segundo a medida de uma relação.

Recorde-se que a igualdade e a desigualdade completas são abstrações que somente se expressam matematicamente. Os “seres concretos” não são completamente iguais ou completamente diferentes, “porque todos eles são iguais ao menos – ainda que de nenhuma forma só por isso – porque “são”. Existem somente a igualdade e a desigualdade parciais: semelhança e dessemelhança.” (KAUFMANN, 1976, p. 72. Tradução livre).

Assim, apenas a analogicidade do ser nos é imediatamente dada, por constituir-se como ponto médio entre os pólos abstratos da igualdade e da diferença. Também os conceitos análogos atuam como ponto médio entre os conceitos unívocos (que expressam identidade

numérica) e equívocos (que possuem uma pluralidade de significados discordantes entre si). Os conceitos análogos servem de meio de expressão simbólico e metafórico, possuindo, por um lado, um núcleo fixo, que remete a uma unidade, e, por outro, diferentes significados que gravitam ao redor de tal núcleo (KAUFMANN, 1976, p. 74).

Uma das funções principais dos conceitos análogos é possibilitar “a transmissão desde a linguagem de nosso mundo sensitivo até nossa vida interior.” (KAUFMANN, 1976, p. 74. Tradução livre) Destarte, expressões tomadas do mundo dos sentidos são transmitidas ao mundo espiritual. “Os objetos transcendentais somente são expressáveis mediante conceitos análogos, isto é, mediante uma analogia com objetos semelhantes observáveis.” (KAUFMANN, 1976, p. 75. Tradução livre).

Nesse sentido, Hannah Arendt ensina que a atividade de pensar toma emprestado o vocabulário com que se expressa a partir de palavras que, originalmente, correspondem a experiências sensoriais ou à experiência cotidiana (ARENDR, 1978, p. 102). A linguagem filosófica e poética é, pois, metafórica, compreendida a metáfora como uma percepção intuitiva de semelhança entre diferentes, em uma relação de analogia (ARENDR, 1978, p. 103).

A metáfora serve como “veículo” dos significados, “construindo uma ponte sobre o abismo entre o mundo interno e invisível do pensar e o mundo das aparências” (ARENDR, 1978, p. 103-105), o que pode ser feito apenas por meio da analogia. Interessante ilustrar que, ao tratar das metáforas, Jorge Luis Borges as caracteriza como sendo afinidades íntimas, “secretas simpatias entre conceitos.” (BORGES, 1998, p. 423).

Segundo o Kaufmann, também os conceitos jurídicos são análogos, visto que não expressam somente algo observável, mas também algo espiritual com sentido especificamente jurídico (KAUFMANN, 1976, p. 75).

O método analógico, por sua vez, é um ponto médio entre a lógica formal pura (que pressupõe a identidade e, como nada no mundo concreto é igual, exige um processo analógico prévio de igualação por abstração) e a dialética (que pressupõe a contradição e também exige um processo analógico prévio, visto que só há desigualdade tomando-se como referência uma relação). A conclusão analógica, nesse sentido, mescla elementos do método dedutivo (no qual se infere do geral o particular) e do indutivo (que extrai uma conclusão geral a partir do particular), conduzindo a juízos problemáticos.

As aplicações do direito, para Kaufmann, como verão a seguir, processa-se por meio do método analógico, pelo qual o autor busca reconciliar *Ser e Dever Ser*.

2.2. Ser e Dever Ser em busca do elo perdido: o método analógico

Segundo Kaufmann, a analogia em Direito ainda não foi compreendida em seu real significado, “porque estamos sempre cegos pelo dogma positivista” (KAUFMANN, 1976, p. 43. Tradução livre), segundo o qual o direito é obtido exclusivamente por meio da lei. Por detrás de tal dogma, encontra-se a ideia de Estado de Direito concebido como o:

(...) Estado em que somente à lei cabe garantir da justiça, a liberdade e a segurança. Nele, conseqüentemente, está confiada a conformação do direito apenas ao legislador, não aos demais poderes públicos ou à pessoa individual. (KAUFMANN, 1976, p. 44. Tradução livre).

A teoria da separação dos poderes é interpretada, classicamente, como reserva legal do poder de criação do direito, de modo a limitar o poder judicial à aplicação das normas criadas pelo legislador. Vedam-se critérios extralegais de decisão, dos quais, segundo tal concepção, a analogia seria um exemplo.

Diferentemente, para Kaufmann, toda interpretação adentra o terreno do analógico, pois começa onde não há univocidade. De fato, o sentido possível das palavras não é unívoco, mas análogo. Somente os conceitos vazios de sentido, como o conceito de número, podem ser unívocos (KAUFMANN, 1976, p. 40). Proibir a analogia é, em última instância, proibir a própria interpretação e aplicação do direito.

As normas, segundo o autor, são critérios para se evitar a arbitrariedade e são imprescindíveis para que uma decisão seja qualificada como jurídica. Cada decisão tem como pressuposto, portanto, uma norma, o que não significa que a decisão somente dela possa ser deduzida. As normas jurídicas não podem ser extraídas de forma completa dos princípios gerais de direito, nem tampouco podem sê-lo as decisões das normas, mediante meros silogismos logicamente estritos (KAUFMANN, 1976, p. 55).

Isso porque a decisão não se esgota na lei, de modo que a “norma é sempre um critério para muitos casos possíveis e, precisamente por isso, nunca é a decisão de um caso real; a lei nunca é a realidade do direito, mas sim sua mera possibilidade (...)” (KAUFMANN, 1976, p. 47. Tradução livre).

Segundo o autor, a lei é, pois, a mera possibilidade do direito, cuja realidade concreta provém das relações concretas da vida. “A norma como “dever ser” não pode, em absoluto, produzir desde si mesma direito real: para isso, deve ser incluído um elemento próprio do ser.” (KAUFMANN, 1976, p. 56. Tradução livre).

Somente quando *ser* e *dever ser* são colocados em correspondência, surge o direito real. O direito concreto é, pois, uma unidade relacional, o que, para o autor, significa, precisamente, analogia entre as essências correspondentes do *ser* (situação da vida) e do *dever ser* (norma). “Diz-se que “ser” e “dever ser” em direito não são idênticos nem diferentes, mas análogos (correspondentes).” (KAUFMANN, 1976, p. 58. Tradução livre).

A realidade jurídica está, portanto, fundada analogicamente, de forma que também é analógico o conhecimento do direito. O método jurídico, para o autor, não é lógico-formal, mas analógico. A racionalidade da norma deve corresponder à racionalidade da coisa, de modo a haver entre ambas as identidades analógicas de relação de sentido.

O método jurídico exige, pois, a capacidade de raciocinar analogicamente, por meio da adoção de uma premissa latente (*tertium comparationis*), a qual reside na identidade da *ratio legis*. A premissa latente, enquanto ponto de comparação é cambiável e não pode ser determinada por meio de um raciocínio meramente lógico-formal (KAUFMANN, 1976, p. 80/82).

Cada “subsunção”, portanto, apresenta juridicamente a estrutura da analogia. Subsumir uma situação concreta à norma significa colocá-las em correspondência a partir de um *tertium comparationis*, um intermediário em que coincidam *ser* e *dever ser*.

Tal intermediário consiste, precisamente, no *sentido*, enquanto “natureza da coisa”. Isso porque, para que possam ser colocados em correspondência, fato e norma devem possuir idêntico sentido, idêntica natureza. “A natureza da coisa é o “tópos” em que convergem ser e dever ser. É o lugar metodológico em que se produz a conexão (correspondência) entre realidade e valor.” (KAUFMANN, 1976, p. 91. Tradução livre) Trata-se, pois, do que há de geral no particular, do que há de valorativo no plano fático.

A investigação do fato a partir da norma e vice-versa passa, pois, pela identificação da “natureza da coisa”. Isto, porém, não é possível mediante um mero raciocínio lógico-formal, porquanto norma e fato repousam em planos distintos (respectivamente, *dever ser* e *ser*). Assim, a situação concreta deve ser colocada em correspondência com a situação prevista abstratamente na hipótese normativa, de modo que, mediante um processo teleológico, fato e norma possam ser igualados (KAUFMANN, 1976, p. 82).

A determinação da correspondência entre fato e norma constitui, para o autor, sempre uma decisão teleológica, por ser sempre decisivo o espírito da lei e não apenas sua mera literalidade. Trata-se, pois, da realização de operações simultâneas de: (a) conformação de uma situação concreta segundo pontos de vista normativos (adaptação dos fatos às normas);

(b) conformação das normas em relação com os fatos, de forma que sejam feitas justas para o caso concreto (adaptação das normas aos fatos).

“O que se denomina “interpretação” é a indagação acerca do sentido jurídico da norma”, sendo que “o “sentido da lei” nunca se deixa descobrir sem o sentido, sem a “natureza” da situação vital que se julga.” (KAUFMANN, 1976, p. 84. Tradução livre).

Desta forma, visto ser cambiável o *tertium comparationis* (no caso, as situações concretas da vida), o “sentido da lei” também é mutável. A investigação jurídica é “*um abrir-se, que acontece sem solução de continuidade, do fato à norma e da norma ao fato.*” (KAUFMANN, 1976, p. 85. Tradução livre).

Trata-se, pois, de um permanente “ir e vir” do *ser* ao *dever ser* e vice-versa, um reconhecimento da norma no fato e do fato na norma. Por meio de tal “ir e vir” entre os fatos e a dogmática administrativista, bem como entre esta e a dogmática trabalhista, pretendemos, nesta monografia, repensar, tal qual verdadeira “teia de Penélope”, a relação de função pública.

3. A “TEIA DE PENÉLOPE”: REPENSANDO A MUTABILIDADE DO REGIME JURÍDICO DA FUNÇÃO PÚBLICA

3.1. Unilateralidade: “natureza da coisa” da relação de função pública?

A concepção majoritária, dita *estatutária*, acerca da natureza do vínculo de função pública surge durante a formação do Estado Liberal e tem, pois, como fundamento, a dogmática jurídico-administrativa tradicional, cujo eixo situa-se na doutrina do ato administrativo, igualmente marcado pela unilateralidade.

Sustenta-se, na tese *estatutária*, a imprescindibilidade de o Estado fixar e alterar unilateralmente o estatuto da função pública, o que não seria viável no regime contratual. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, as condições necessárias ao bom desempenho da função pública não se encontram no poder de disposição do servidor, pois:

“(…) na relação entre o funcionário e o Estado, aquele se encontra diante de um regime criado por quem, na cura da coisa pública, exerceu um poder que lhe é próprio: o de dispor sobre as condições estimadas convenientes para a boa realização do serviço público e que, no exercício de tal poder, pode promover, através de lei, as mutações que considerar úteis para a satisfação de um desiderato incluído em sua esfera de legítima decisão.” (BANDEIRA DE MELLO, 1991, p. 20-21).

Antônio Augusto Junho Anastasia, na mesma esteira, pontua que, no regime estatutário, o agente submete-se a uma ordem preestabelecida em lei e não pode influir na fixação das condições de prestação do serviço (ANASTASIA, 1990, p. 100 - 101).

A tese *estatutária* postula, ainda, a inadequação do regime contratual da função pública, ao argumento de que, neste, os direitos e deveres fixados seriam unilateralmente imutáveis. Anastasia sustenta, nesse viés, que seria nociva para o Estado a adoção do regime contratual de função pública, por retirar a flexibilidade necessária à gestão do interesse público, ao não permitir alterações danosas ao trabalhador (ANASTASIA, 1990, p. 48 - 50).

Segundo tal tese, a inexistência de direito adquirido a regime é peculiaridade do vínculo estatutário. Afirma Bandeira de Mello que, se a relação de função pública fosse contratual, dependeriam de aquiescência do servidor as alterações incidentes sobre tal relação, sob pena de ofensa aos direitos adquiridos (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 235).

Percebe-se, pois, que a tese *estatutária* postula ser unilateral a “natureza da coisa” da relação de função pública. Para tal, parte de duas “premissas latentes”: a) a noção liberal de contrato; b) a ideia de supremacia do Estado na relação. Discutiremos, a seguir, acerca da pertinência de tais premissas no modelo de função pública instaurada pelo Estado Democrático de Direito.

3.2. Tutela do trabalho subordinado: um novo *tertium comparationis*

Para se pensar a natureza da relação de função pública, faz-se necessário, de início, colocá-la em correspondência com a evolução das concepções acerca da natureza da própria relação de emprego. Indaga-se, na esteira de Kaufmann: a) acerca dos aspectos em que tais relações (*estatutária* e de emprego) concordam e se diferenciam entre si, visto que o conhecimento da essência de um ente é possível a partir da comparação com outro ente; b) se tais relações participam, ao mesmo tempo, mas de diferentes maneiras, de uma relação mais geral (de trabalho) que nelas se realiza analogicamente.

Ao tratar das teorias sobre a natureza jurídica do vínculo empregado-empregador, Maurício Godinho Delgado registra que elas se agrupam em duas categorias: teorias *contratualistas* e *acontratualistas* (DELGADO, 2002, p. 306-314).

As primeiras subdividem-se em: *contratualismo tradicional/ teorias civilistas*, que buscavam enquadrar tal relação em uma das categorias contratuais já existentes no Direito Civil (arrendamento, compra e venda, mandato, contrato de sociedade); e *contratualismo moderno*, que, reconhecendo a insuficiência das formas civilistas tradicionais para abarcar o fenômeno trabalhista, reputa o vínculo entre empregado e empregador como sendo contrato

de natureza especial (contrato de trabalho, cujo objeto é uma obrigação de fazer, desempenhada de forma subordinada, pessoal, contínua e onerosa).

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

A doutrina trabalhista contemporânea critica o *acontratuálistismo*, sustentando que deve ser ampliada a noção de contrato, no sentido de que basta o acordo de vontades para haver contratualidade, sendo desnecessário que o conteúdo do ajuste seja integralmente determinado pela vontade livre das partes.

Assinale-se que tal posicionamento da doutrina trabalhista contemporânea diverge do já mencionado entendimento da doutrina administrativista majoritária, para a qual nem todo acordo de vontades tem natureza contratual, sendo necessário, para que esta se verifique que o conteúdo da relação seja também determinado pelo consentimento. Passemos, pois, à análise desta “premissa latente” da concepção *estatutária*: a noção liberal de contrato.

É importante recordar que, na relação contratual trabalhista, também incidem, impositivamente, as normas previstas no ordenamento, reduzindo o campo de livre disposição dos contratantes de forma assemelhada ao que ocorre nos contratos de adesão no direito civil. Segundo Luísa Cristina Pinto e Netto, “na função pública é necessária à fixação legal prévia; o que não deve levar à conclusão de que não existe contrato, mas sim à de que há uma figura especial de contrato.” (NETTO, 2003, p. 156).

Antônio Álvares da Silva, por sua vez, recorda que muitas relações de trabalho têm suas condições unilateralmente fixadas pelo empregador ou pela lei e, portanto, a ideia de unilateralidade é insuficiente para definir o regime estatutário (SILVA, A. A., 1993, p. 50).

Destarte, a unilateralidade, consubstanciada em lei, do regime de função pública não é peculiaridade deste, pois não exorbita da unilateralidade, também consubstanciada em lei, do diploma trabalhista. É o Poder Legislativo que fixa as normas, em ambos os casos, ainda que haja diferença na competência para tal entre os entes federativos. Em ambos os regimes, “as partes recebem sobre si um conjunto de normas jurídicas que não determinaram, na sua condição de sujeitos de direito, e que não podem afastar.” (NETTO, 2003, p.168).

A possibilidade de alteração unilateral da relação não é excludente da natureza contratual de um instituto. Comparando-se o Direito do Trabalho, em que existe o *jus variandi* do empregador, com o próprio Direito Administrativo, na matéria relativa aos contratos administrativos, verifica-se haver, em ambos, a possibilidade de alteração unilateral da relação, sem que esta perca seu caráter contratual.

Ao tratar da questão dos direitos adquiridos, Teresa Cristina Souza recorda, ainda, que as alterações legais que incidem de imediato sobre situações jurídicas constituídas previamente não são fenômeno exclusivo do regime *estatutário*, porquanto, no regime contratual trabalhista, as alterações decorrentes de mudanças legislativas também incidem de imediato no contrato de trabalho, como foram exemplos à instituição da gratificação natalina e a alteração da disciplina das férias (SOUZA, 2004, p. 137).

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

Percebe-se, portanto, que os administrativistas ainda utilizam os mesmos argumentos expendidos pela tese *acontratualista* da relação de emprego, a qual já se encontra superada no âmbito trabalhista. Neste, não se nega, hoje, a natureza contratual do vínculo empregado-empregador, porquanto o simples consentimento em se submeter a dado trabalho é, precisamente, o que diferencia o trabalho livre do trabalho escravo, tal como alerta Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (VILHENA, 1999, p. 199).

Considerando-se que ambos os vínculos (servidor-Estado e empregado-empregador) são espécies do gênero *relação de trabalho livre* (por consistirem, igualmente, em espécies de prestação de trabalho subordinado, mas não escravo), há que se reputar determinante, *em ambos*, o viés contratual. Propõe-se, pois, como “premissas latentes” da natureza da relação de função pública, as noções de a) trabalho livre e de b) contrato como simples acordo de vontades quanto à formação do vínculo laboral.

Passar-se-á, agora, à análise da segunda “premissa latente” da concepção *estatutária*: a supremacia do Estado em face do servidor. Tal concepção, ao descontextualizar de suas origens liberais a noção de unilateralidade, transpondo-a para e impondo-a ao novo paradigma participativo, incorre em esquecimento-recalque (OST, 1999) e elege a noção de poder como *tertium comparationis* da tutela da relação de função pública, em detrimento da posição jurídica do servidor enquanto trabalhador. Isso provoca distorções no equacionamento da “natureza da coisa”, ou seja, do *sentido* da mutabilidade da relação de função pública.

Determina o Estado Democrático de Direito, porém, que o servidor seja equacionado como sujeito de direitos tutelado em face da Administração, de forma que seja conferida ao agente aptidão jurídica para participar da disciplina normativa de seu vínculo com o Estado e para contribuir na conformação direta do conteúdo do interesse público.

Assinala Rogério Viola Coelho, nesse sentido, que a identificação/subsunção do Estado produtor da ordem jurídica no Estado-Administração, parte na relação com o servidor, permite “repor a supremacia da Administração na relação de função pública, na medida em que o estatuto fica reduzido a uma manifestação unilateral de sua vontade monárquica.” (COELHO, 1994, p. 32).

Nesse sentido, a subordinação do servidor não pode se dar em face do Estado-sujeito-de-direito, pois o indivíduo somente se subordina à força legítima, cuja única depositária é a ordem jurídica. Não é o Estado-sujeito-de-direito, enquanto parte na relação de função pública, que fixa e altera unilateralmente o estatuto desta, porque, se assim o fosse, o Estado-sujeito-de-direito estaria acima da ordem jurídica, o que contraria o próprio princípio do Estado de Direito. Apenas na condição de ordem jurídica, ou seja, no exercício de função legislativa, o Estado regula a relação de função pública, e não na condição de parte de tal relação.

Cretella Júnior já sustentava que, mesmo no regime *estatutário*, não é absoluto o poder de modificação conferido ao Estado (CRETELLA JÚNIOR, 1958, p. 155). Nesse sentido, segundo Florivaldo Dutra de Araújo, a Constituição Federal de 1988 impôs a garantia de um mínimo de intangibilidade das condições de trabalho dos agentes na função pública, estabelecendo um espectro de direitos imutável pela vontade do legislador ordinário (ARAÚJO, 1998, p. 116).

Destarte, no tocante à alteração do regime de função pública por meio de lei em sentido formal, como meio de expressão da unilateralidade, considera-se, nesse artigo, que nada há de exorbitante em relação às alterações legais do regime trabalhista, visto que a unilateralidade ínsita aos aspectos disciplinados por lei está presente, qualquer que seja o ramo do Direito envolvido. Isso porque, no que concerne à relação de função pública, ocorre o fenômeno da *interpolação alternativa* (VILHENA, 1996, p. 38-44) quando se afirma que o Estado fixa e altera unilateralmente o estatuto, visto que, em tal afirmativa, é tomado, indiscriminadamente, o Estado como sujeito de direito e como ordem jurídica, levando-se a entender que o servidor estaria subordinado não em face da ordem jurídica, mas do Estado-sujeito-de-direito.

Nesse sentido, propõe-se como *tertium comparationis* para o estudo da mutabilidade da relação de função pública a noção de tutela do trabalho subordinado. Esta, portanto, deve funcionar como ponto de comparação entre o regime de emprego e o administrativo, no estudo da mutabilidade das relações laborais como um todo.

De fato, segundo Vilhena,

“(…) o problema da prestação de serviços para o Estado, considerado sujeito de direito em uma relação jurídica de trabalho, não se desloca para uma situação especial quanto à sua natureza. E mais: não se equaciona o trabalho prestado para o Estado sobre princípios rígidos, absolutos, como matéria estanque ou diversa da do trabalho prestado às pessoas de direito privado. Não se constitui de normas impositivas por dados a priori e comunicáveis.” (VILHENA, 2002, p. 29).

No que concerne, pois, à alteração unilateral do regime de função pública por meio de atos administrativos, considera-se, nesse trabalho, que aquela não se diferencia, em profundidade, do *jus variandi* trabalhista, na medida em que ambos tratam de poderes unilaterais conferidos e limitados por normas jurídicas superiores. Nesse sentido, a disciplina legal da relação de função pública deve ter em vista não só as exigências do interesse público, mas a tutela do trabalho subordinado, devendo prever garantias para o servidor em face do poder de alteração unilateral conferido à Administração. Reputa-se, pois, que o *jus variandi* da Administração deve se restringir aos aspectos técnicos da prestação de serviço e não pode atingir o equilíbrio econômico-financeiro pactuado ou os direitos e deveres inerentes ao cargo, devendo respeitar a natureza do objeto contratual. Isso porque o problema da prestação de serviços ao Estado não deve ser tratado como matéria estanque ou diversa da do trabalho prestado às pessoas jurídicas privadas.

Por fim, assinale-se que, embora a teoria *estatutária* negue a sustentação jurídico-positiva para a participação do servidor na conformação das regras que regem sua relação laboral, bem como negue a solução negociada de conflitos no âmbito da função pública, negociações informais e procedimentos não previstos legalmente têm sido utilizados cotidianamente pela Administração Pública brasileira para alcançar acordos com entidades representativas de servidores e se colocar fim a movimentos grevistas. Verifica-se, pois, uma tensão entre os planos do *Ser* (negociações de fato) e do *Dever Ser* (não reconhecimento jurídico da negociação) no que concerne à relação de função pública, o que leva à formação de um para-sistema de negociação, ao lado do sistema oficialmente unilateral de determinação das condições de trabalho dos servidores.

Na esteira de Kaufmann, é necessário que se repensem: (a) a conformação de tal situação concreta conflituosa segundo os pontos de vista normativos trazidos pelo Estado

Democrático de Direito e pelo reconhecimento dos direitos à sindicalização e greve do servidor (adaptação dos fatos às normas); (b) a conformação das normas em relação com os fatos, de forma que sejam feitas justas para tal caso concreto, mormente no que concerne à interpretação conferida ao art. 13 da Lei nº 8.112/1990 e à regulação jurídica da negociação coletiva no âmbito da função pública (adaptação das normas aos fatos). Necessário, pois, um permanente abrir-se entre *Dever Ser* e *Ser*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria *estatutária*, produto da dogmática jurídico-administrativa do Estado Liberal, ao considerar unilateral a relação servidor-Estado, reflete a perplexidade da doutrina liberal em face da intensa regulação legal que passou a abarcar não só a seara administrativa, mas diversos ramos jurídicos, tal como o civil e o trabalhista. Os argumentos expendidos por tal teoria fundamentam-se em conceito tipicamente liberal de contrato, não aplicável, hoje, sequer pelo Direito Civil.

Tal problema foi abordado, nesse artigo, à luz dos conceitos de analogia e “natureza da coisa”, na perspectiva metodológica de Arthur KAUFMANN (1976), a fim de se estudar a mutabilidade do regime de função pública sob o prisma mais amplo da tutela da relação de trabalho subordinado.

Considerando-se que tanto o vínculo servidor-Estado, quanto o vínculo empregado-empregador são espécies do gênero *relação de trabalho livre* (por consistirem, igualmente, em espécies de prestação de trabalho subordinado, mas não escravo), há que se reputar determinante, *em ambos*, o viés contratual. Utilizando-se, pois, da terminologia teórica de Kaufmann, propôs-se, nesse trabalho, como “premissas latentes” da natureza da relação de função pública, as noções de a) trabalho livre e de b) contrato como simples acordo de vontades quanto à formação do vínculo laboral.

A concepção *estatutária* da natureza do regime de função pública, diferentemente, baseia-se na “premissa latente” correspondente à supremacia do Estado em face do servidor. Tal concepção, ao descontextualizar de suas origens liberais a noção de unilateralidade, transpondo-a para e impondo-a ao novo paradigma participativo, elege a noção de poder como *tertium comparationis* da tutela da relação de função pública, em detrimento da posição jurídica do servidor enquanto trabalhador. Isso provoca distorções no equacionamento da “natureza da coisa” (termo usado por Kaufmann: *Natur der Sache*), ou seja, do *sentido* da mutabilidade da relação de função pública.

Determina o Estado Democrático de Direito, porém, que o servidor seja equacionado como sujeito de direitos tutelado em face da Administração, de forma que seja conferida ao agente aptidão jurídica para participar da disciplina normativa de seu vínculo com o Estado e para contribuir na conformação direta do conteúdo do interesse público.

Por meio da aplicação do método analógico proposto por Kaufmann, esse trabalho colocou em correspondência as relações de emprego e de função pública. Verificou-se, assim, que todas as características do regime estatutário reputadas como exorbitantes, em relação ao regime contratual, contêm substrato autoritário, herdado das construções teóricas do Estado Liberal e incompatível, pois, com as exigências do Estado Democrático de Direito.

Na esteira de Kaufmann, é necessário que se repensem: (a) a conformação do conflito de interesses entre servidor e Estado segundo os pontos de vista normativos trazidos pelo Estado Democrático de Direito e pelo reconhecimento dos direitos à sindicalização e greve do servidor (adaptação dos fatos às normas); (b) a conformação das normas em relação com os fatos, de forma que sejam feitas justas para tal caso concreto, mormente no que concerne à interpretação conferida ao art. 13 da Lei nº 8.112/1990 e à regulação jurídica da negociação coletiva no âmbito da função pública (adaptação das normas aos fatos). Necessário, pois, um permanente abrir-se entre *Dever Ser* e *Ser*.

Abstract

This article aimed to analyze how the mutability of the civil service relationship with the Public Administration operates over time, whereas, on the one hand, it is guaranteed the stability of minimal rights to the server and, on the other, the contingencies of the public interest impose changes in the conditions of the service. Given that, we attempted to determine what constitutes a unilateral change of the regime of civil service by the Administration, in order to identify with precision the limits of such prerogatives in the model established by a participatory Democratic Rule of Law, with a view to protection of the legal status of civil servants and to the need to delineate areas of heteronomy and autonomy, individual and collective, in the regulation of the civil service relationship. After a brief exposition of the majoritarian thinking in Brazil about the nature of the legal relationship of civil service, the problem was tackled in the light of the concepts of analogy and "ontological reality", under the methodological perspective of Arthur Kaufmann (1976), in order to study the mutability of the civil service system in the light of the broader perspective of employer-employee relationship.

Keywords: analogy; civil service relationship; unilateralism; employment relationship.

REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. **Regime jurídico único do servidor público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1990. 104 p.

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, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ARENDDT, Hannah. **The Life of the Mind**. New York: Harcourt, Inc., 1978.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p.

_____. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2ª ed., rev., Amp. E atual. São Paulo: RT, 1991. 135 p.

BORGES, Jorge Luis. “A metáfora”. IN: BORGES, Jorge Luis. *Obras Completas*, v. I. São Paulo: Globo, 1998, p. 421 - 424.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Trabalho. Justiça do Trabalho. Competência. **Ações dos servidores públicos estatutários**. CF, arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei n. 8112, de 1990, art. 240, alíneas “d” e “e”. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-1 – DF. Impetrante: Procurador Geral da República. Impetrado: Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Velloso. Acórdão 12 nov. 1992. LEX Jurisprudência do STF, São Paulo, n. 175, p. 49-90, jul. 1993. Vencido, in totum, o Ministro Marco Aurélio e, parcialmente, os Ministros Otávio Gallotti e Sepúlveda Pertence.

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. 95 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo do Brasil: regime jurídico do funcionário público**. São Paulo: RT, 1958. V. 2, 466 p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 1ª. Ed., 2ª. Tir. São Paulo: Ltr, 2002. 1448 p.

KAUFMANN, Arthur. **Analogia y naturaleza de La cosa: hacia una teoria de La comprehension juridica**. Trad. y estudio preliminar de Enrique Barros Bourie. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile, 1976.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **A contratualização da função pública: da insuficiência da teoria estatutária no Estado Democrático de Direito**, 2003. 304 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 1999.

SILVA, Antônio Álvares Da. **Os servidores públicos e o direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1993. 232 p.

SOUZA, Teresa Cristina. **A natureza contratual da relação de função pública.** 2004. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **O contrato de trabalho com o Estado.** 2ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2002. 255 p.

_____. **Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas.** 2ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 125 p.