

O direito adquirido e a natureza jurídica do vínculo entre o servidor público e o Estado

The vested right and the legal nature of the relationship between the public servant and the State

JULIANA BRINA CORRÊA LIMA DE CARVALHO
Mestre em Direito Público pela Faculdade
de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais –UFMG (2009).
Aluna do curso de Especialização em Direitos Humanos,
Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais – PUC/MG (2011).
Especialista em Controle da Administração Pública
pela Universidade Gama Filho – UGF (2005).
Assessora no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais – TRE/MG.
jubrina@gmail.com

RESUMO Este trabalho buscou determinar em que consiste a natureza *estatutária* atribuída ao vínculo existente entre o servidor público e o Estado a fim de descobrir se o tratamento a ser dado ao direito adquirido nos vínculos ditos *estatutários* discrepa daquele dado nos vínculos contratuais. Indagou-se, ainda, o que significa a afirmação segundo a qual inexistente direito adquirido em regime jurídico. Na análise de tal questão, este trabalho obedeceu ao processo de estudo monográfico e trabalhou com dados secundários consubstanciados na bibliografia nacional e estrangeira por meio de investigação de tipo teórico e comparativo. Inicialmente, delineamos os principais argumentos da concepção majoritária acerca da natureza jurídica unilateral do vínculo entre o servidor público e o Estado. Em seguida, estudamos o tratamento conferido, por tal concepção, ao direito adquirido, diante das alterações do regime *estatutário*. Analisamos a evolução das concepções, no Direito do Trabalho, acerca da natureza jurídica do vínculo entre o empregado e o empregador, a fim de elaborar um paralelo entre estas e aquelas, desenvolvidas no Direito Administrativo, para explicar a relação servidor-Estado. Estudamos, a seguir, os argumentos que buscam sustentar a contratualização do vínculo entre o servidor público e o Estado, bem

como delineamos os diferentes critérios adotados no tratamento conferido ao direito adquirido ante a concepção contratual da função pública. Por fim, analisamos a tutela conferida às diferentes etapas do processo de aquisição de direitos a fim de que fossem aclaradas as figuras do direito expectado e da expectativa de direito.

Palavras-chave DIREITO ADQUIRIDO; RELAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA; UNILATERALIDADE; INTERESSE PÚBLICO; CONTRATUALIZAÇÃO.

ABSTRACT This work aims at determining what is the statutory nature attributed to the relationship between the public servant and the State, in order to know if the treatment to be given to the vested rights in the so called statutory bonds diverges from that given to contractual bonds. The writing also analyzed the meaning of the statement according to which there is no vested right in legal regimes. In analyzing this question, this work followed a monographic study and worked with secondary data found in national and foreign literature through comparative and theoretical research. First, we outlined the main arguments present in most thoughts about the nature of the unilateral legal relationship between the public servant and the State. Then, we studied how such conception understands the vested rights in face of the changes in the statutory regime. We reviewed the conceptions' evolution in the Labor Law, about the legal nature of the employee-employer relationship, in order to develop a parallel between these and those developed in the administrative law to explain the server-State relationship. We then studied the arguments that seek to support the contractual relationship between the State and the public servant, outlining the different criteria used in the treatment given to the vested right in face of a civil service contract design. Finally, we analyzed the protection granted to the different stages of the process of acquisition of rights in order to clarify the figures of the expected right and the expectancy to rights.

Keywords VESTED RIGHT; CIVIL SERVICE RELATIONSHIP; UNILATERALISM; PUBLIC INTEREST; CONTRACTUALIZATION.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a doutrina administrativista tem entendido como unilateral a natureza jurídica do vínculo formado entre o Estado e o servidor estatal ocupante de cargo público.

Nessa esteira, afirma-se que o chamado regime *estatutário* da função pública possui como características exorbitantes, em relação ao modelo contratual de prestação de trabalho, o fato de ser fixado e alterado unilateralmente pelo Estado, bem como o fato de não ensejar direito adquirido a regime jurídico. Neste viés, a doutrina

tradicional entende que um dos principais efeitos da distinção entre os liames estatutário e contratual é a possibilidade, ou não, de o agente opor direitos adquiridos ante alterações no regime jurídico.

Segundo esta concepção, no regime contratual, todo o vínculo é, em regra, regido pela lei vigente à época de sua celebração, e o fato de a legislação ser alterada não modifica a relação contratual previamente estabelecida, de forma que a lei nova aplica-se apenas aos contratos firmados a partir de sua entrada em vigor. Nas relações contratuais, o prestador de trabalho influi na fixação das condições da prestação e estas integram-se a seu patrimônio jurídico, o que não deveria ocorrer no âmbito da função pública na qual o Estado deve deter a prerrogativa de dispor unilateralmente sobre o regime da relação, com vistas à consecução do interesse público.

A doutrina tradicional compreende que o regime *estatutário*, por ser integralmente previsto em lei, é regido pelas normas jurídicas vigentes no momento presente. Destarte, na hipótese de a legislação ser alterada, a lei nova tem aplicação imediata aos novos e antigos vínculos já vigentes. Com este fundamento, a doutrina tradicional afirma que, no regime *estatutário*, diferentemente do contratual, não há direito adquirido a regime jurídico.

Considerando-se, pois, que a relação de função pública é de trato sucessivo, 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 natureza *estatutária* atribuída ao vínculo existente entre o servidor público e o Estado, a fim de se saber se o tratamento a ser dado ao direito adquirido nos vínculos ditos *estatutários* discrepa daquele dado nos vínculos contratuais. Por fim, indaga-se o que significa a afirmação segundo a qual inexistente direito adquirido a regime jurídico.

Essas são algumas indagações que pretendo solucionar neste trabalho, por meio da técnica de pesquisa teórica, de análise de conteúdo e do processo de estudo interdisciplinar, com vistas à compreensão das relações normativas entre os ramos do Direito Administrativo, do Direito do Trabalho e da Teoria Geral do Direito, mediante a utilização de dados secundários consubstanciados na análise de textos doutrinários.

Inicialmente, delinerei os principais argumentos da concepção majoritária acerca da natureza jurídica unilateral do vínculo entre o servidor público e o Estado. Em seguida, estudarei o tratamento conferido por tal concepção ao direito adquirido, diante das alterações do regime *estatutário*. Analisarei a evolução das concepções, no Direito do Trabalho, acerca da natureza jurídica do vínculo entre o empregado e o empregador, a fim de elaborar um paralelo entre estas e aquelas desenvolvidas no

Direito Administrativo para explicar a relação servidor-Estado. Estudarei, a seguir, os argumentos que buscam sustentar a contratualização do vínculo entre o servidor público e o Estado, bem como delinerei os diferentes critérios adotados no tratamento conferido ao direito adquirido diante da concepção contratual da função pública. Por fim, analisarei a tutela conferida às diferentes etapas do processo de aquisição de direitos, a fim de que sejam aclaradas as figuras do direito expectado e da expectativa de direito.

A NATUREZA UNILATERAL DA FUNÇÃO PÚBLICA E O DIREITO ADQUIRIDO

NATUREZA UNILATERAL DO VÍNCULO ENTRE SERVIDOR PÚBLICO E ESTADO

A teoria majoritária compreende como unilateral a natureza jurídica do vínculo entre o Estado e o servidor público. Entende-se que este se encontra debaixo de situação legal, estatutária, a qual não é produzida por meio de acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado. O acordo porventura existente diz respeito apenas à formação do vínculo, não atingindo o conteúdo da relação formada (BANDEIRA DE MELLO, 1991, p. 19).

Alega-se, ademais, ser imprescindível que o Estado fixe e altere unilateralmente o estatuto da função pública, o que não seria viável se o regime fosse contratual, sob argumento de que, neste, os direitos e deveres fixados seriam unilateralmente imutáveis.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, no vínculo *estatutário* as condições necessárias ao bom desempenho da função pública não se encontram no poder de disposição do servidor, visto que

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).

No mesmo viés, Antônio Augusto Junho Anastasia sustenta que a tese que mais corretamente expressa a natureza jurídica da relação entre o servidor e o Estado é a unilateral, consubstanciada na investidura do agente sob o estatuto, situação legal determinada (ANASTASIA, 1990, p. 27). Isso porque, segundo o mencionado jurista, a vedação à alteração danosa ao empregado, no regime contratual, retira do Estado a flexibilidade que lhe é necessária ante as exigências do interesse público (ANASTASIA, 1990, p. 48-50).

O autor pontua, portanto, que no regime *estatutário* o agente submete-se a uma ordem preestabelecida em lei e não pode influir na fixação das condições da prestação do serviço (ANASTASIA, 1990, p. 100-101).

A teoria majoritária sustenta, nesse sentido, que a inexistência de direito adquirido a regime é peculiaridade do vínculo *estatutário*. Afirma Celso Antônio 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 (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 235).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nessa esteira, têm entendido que o caráter estatutário do vínculo entre servidor público e Estado tem o condão de afastar alegações de direitos adquiridos a regime jurídico.¹

Sob influência da teoria da coordenação/subordinação, segundo a qual o Direito Público caracteriza-se pela desigualdade entre sujeitos, de modo que o Estado ocupa posição de superioridade diante do particular, a teoria majoritária argumenta estar o servidor em situação de subordinação diante do Estado.

Isso porque, da concepção de que o Estado é composto por órgãos, formando um único corpo, decorre a teoria da impermeabilidade, segundo a qual, como não há pluralidade de sujeitos no âmbito interno do Estado, também não há relação jurídica neste âmbito. A compreensão do agente como parte por meio da qual o Estado é *presentado*, criou a confusão entre ambos, o todo (Estado) e a parte (agente), impossibilitando a distinção da figura do primeiro como tomador de serviços diante do segundo.

Reputou-se, deste modo, que ambos não teriam interesses divergentes e diluiu-se a subjetividade do agente no interior do aparelho administrativo estatal, o que serviu para justificar a disciplina da relação de função pública que desconsiderava a prestação de trabalho subordinado como fim a ser tutelado. Tomava-se o agente, não como sujeito de direito em face do Estado, mas como objeto cuja atividade era regradada a partir do interesse público. A prestação de trabalho para o Estado é entendida, pois, como simples *meio* de consecução do interesse público e não como *fim* a ser tutelado.

¹ Vejam-se, a propósito, os julgados: STF. RE-AgR 481433 / RS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 14/11/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 07-12-2006, p. 49; STF. RE-AgR 343005 / CE. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 17/10/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 10-11-2006, p. 53; STJ. RMS 17132 / SC. Rel. Min. Paulo Medina. Julgamento: 04/04/2006. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJ 12/06/06, p. 541; STJ. RMS 18149 / RJ. Rel. Min. PAULO MEDINA. Julgamento: 18/10/2005. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJ 12.12.2005, p. 423.

DIREITO ADQUIRIDO E REGIME ESTATUTÁRIO

Para a análise da aplicação da lei no tempo em Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello parte do exame dos tipos de situações jurídicas suscetíveis de existir e dos atos que as produzem. Segundo o autor, situações jurídicas são conjuntos de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular. Elas se subdividem em situações gerais ou individuais (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 11).

As situações gerais, objetivas, impessoais – também denominadas estatutárias –, cujo conteúdo é o mesmo para todos os indivíduos que delas são titulares, por ser determinado por disposição geral, são produzidas por atos-regra (lei, regulamento, estatutos, convenções coletivas de trabalho). São exemplos de tais situações os direitos e obrigações da mulher casada.

Diferentemente, as situações individuais, subjetivas, cujo conteúdo é individualmente determinado e pode variar de um titular para outro, são criadas pelo ato individual, cujo alcance material restringe-se aos indivíduos que o produziram. O contrato é exemplo de tal ato: por meio dele é delineada uma relação específica. Simultaneamente, tal ato cria uma situação jurídica e nela investe determinado indivíduo. São exemplos de situações individuais a de um credor, a de um locatário. A situação subjetiva resulta da manifestação individual de vontade determinada a cada um dos que a ela se sujeitam (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 320).

Celso Antônio Bandeira de Mello pontua, porém, que as situações individuais jamais se encontram em estado puro. São sempre mistas, pois comportam elementos fixados por disposições gerais e aspectos individuais oriundos do ato individual que as cria. Exemplificando tal ideia, o autor afirma: “Pelo contrato são produzidas situações individuais, de teor específico em cada relação. Não obstante, qualquer contrato está submetido a certas regras gerais que derivam da lei” (BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 12).

Enquanto a criação de situações subjetivas e a aplicação destas aos indivíduos são promovidas pelo mesmo ato (ato individual), a criação das situações gerais dá-se por meio do ato-regra e sua aplicação aos indivíduos depende da ocorrência de fato ou ato distinto daquele que as gerou: o ato-condição. Este consiste, precisamente, em condição para que se desencadeie o conjunto de direitos e deveres que perfazem a situação jurídica objetiva.

Por meio de tal ato, não se cria direito novo, mas um quadro normativo já existente passa a vigorar em relação ao sujeito que nele se vem a incluir. O ato-condição não cria, ainda, situação jurídica subjetiva, apenas insere um sujeito no campo de incidência de um ato-regra, determinando a incidência deste sobre aquele. É exemplo de ato-condição o de aceitar cargo público, que acarreta a inserção do indivíduo na situação geral de servidor (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 13-14).

O autor sublinha ainda que a inclusão de alguém em situação geral pode também resultar de um fato. Por exemplo, o fato de um indivíduo auferir renda faz com que ele se insira na situação de contribuinte do imposto de renda.

Recorde-se que Osvaldo Aranha Bandeira de Mello já ensinava que há atos que, embora se perfaçam por acordo de vontades, não são contratos, na medida em que seu regime jurídico é regido por disposições legais e regulamentares, sendo considerado de caráter estatutário (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1974, p. 354). São, pois, os chamados atos-união, cuja natureza não é individual, mas institucional. O contrato, por sua vez, só existe quando os termos da relação jurídica são produto de manifestação conjunta das partes (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1991, p. 20).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as situações gerais são mutáveis segundo a alteração dos atos-regra que as regulam. Neste sentido, as alterações aplicam-se imediatamente às relações constituídas sob a égide do ato-regra anterior. Segundo o autor, como as situações objetivas decorrem da lei, não são protegidas contra lei nova, visto que ocorre a modificação de sua fonte direta e imediata (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 14-15).

A partir de situações gerais, porém, pode haver o nascimento de direitos adquiridos, nas hipóteses em que a integridade do direito torne-se disponível para o servidor antes da entrada em vigor da lei nova. Assim, um direito deve ser considerado adquirido quando o sentido do ato produtor da situação residir, precisamente, em cristalizar no tempo a disciplina do específico vínculo travado, ou seja, em indicar o termo a partir do qual a situação consolida-se no tempo e fica a salvo de modificações ulteriores (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 18).

Isso significa que quando a disposição legal conceder um direito que não tem outra razão de ser senão prolongar-se no tempo, ter-se-á a hipótese excepcional de intangibilidade no seio de uma situação geral. O autor dá, como exemplo de tal hipótese, o direito à estabilidade, compreendida precisamente como outorga de garantia de permanência no tempo. Preenchidos, pois, os requisitos para aquisição da estabilidade, adquirido estará tal direito.

Entende-se adquirido o direito, consolidado, quando o direito derivado da disposição legal concessiva não tenha outra razão de ser, outra significação lógica, outro conteúdo racional, senão exata e precisamente prolongar-se no tempo, cristalizadamente, pois o dispositivo legal atributivo do direito perderia sentido se não fosse para este fim. (BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 18).

No que concerne, porém, às situações subjetivas, a imutabilidade em face das alterações legais é a regra, na medida em que o único sentido do ato subjetivo é ga-

rantir uma situação para o futuro nos termos em que foi constituída. É, pois, “aprisio-
nar em uma específica relação aquilo que se pretende assegurar intertemporalmente”
(BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 20).

Do contrário, afirma o autor, a ordem jurídica estaria contestando a possibilida-
de de as situações subjetivas existirem, “erigindo a precariedade em regra e desesti-
mulando a concórdia sobre um porvir que não é senão incindível desdobramento do
acordo atual” (BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 20).

A aplicação da lei nova às situações subjetivas constituídas anteriormente à sua
edição consistiria em retroatividade do novo regramento, o que feriria o ato jurídico
perfeito celebrado pelas partes. As situações individuais permanecem, pois, intactas
pelas alterações legais e são ainda inalteráveis por uma parte sem concordância da
outra. A imutabilidade das situações subjetivas funda-se na mesma razão pela qual,
em hipóteses excepcionais, há intangibilidade em certas situações gerais: o fato de a
sustentação lógica do ato produtor da situação residir na cristalização, no tempo, da
disciplina do vínculo travado (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 21).

Celso Antônio Bandeira de Mello conclui, portanto, que os atos e fatos já con-
sumados, bem como os atos subjetivos, são inatingíveis por leis novas; os atos-regra
não geram, por si só, direitos adquiridos; e, por fim, os atos e fatos-condição normal-
mente não geram direitos adquiridos, exceto quando a situação em que for investido
o sujeito delinear-se por normas cuja justificativa seja, justamente, a garantia para o
futuro (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1978, p. 21).

Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, nas relações contratuais,
os direitos e obrigações recíprocos são unilateralmente imutáveis, passando a inte-
grar, de imediato, o patrimônio jurídico das partes, gerando direitos adquiridos. Nas
relações estatutárias, diversamente, o Estado detém o poder de alterar legislativa-
mente o regime dos servidores, inexistindo direito adquirido à manutenção deste (cf.
BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 235).

O autor aponta o caso da extinção do adicional por ano de tempo de serviço
como exemplo típico em que se modifica o regime da função pública unilateralmen-
te, resguardados apenas os acréscimos para cuja aquisição já se houvessem preenchi-
do, ao tempo do advento da lei extintiva, os requisitos necessários.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, se a relação fosse contratual, ainda
que o adicional fosse ulteriormente suprimido, os empregados a ele fariam jus en-
quanto durasse a relação de emprego, pois o direito à percepção do acréscimo estaria
assegurado desde a formação da avença (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 236).

Ruy Cirne Lima, de sua parte, ensina que a investidura do funcionário não
subjetiva, de um só golpe, todos os direitos dispostos pela situação objetiva, ou seja,
não os incorpora, desde logo, ao conteúdo da relação jurídica. Por meio da investi-

dura, o indivíduo simplesmente adquire o *status* de servidor, o que consiste em mero requisito para que as disposições do direito objetivo, previstas no estatuto, sejam-lhe aplicáveis, na proporção em que se verifiquem os demais pressupostos para sua incidência ao agente (cf. CIRNE LIMA, 1982, p. 166).

O jurista afirma que, em vista da natureza estatutária da relação, possui o Estado amplo poder de alterá-la por meio de leis de efeitos imediatos, ressalvadas as garantias constitucionais ou as situações já subjetivadas (cf. CIRNE LIMA, 1982, p. 166-167).

Carlos Maximiliano, por sua vez, entende que, no direito público, as alterações legais não podem ensejar o funcionamento paralelo dos sistemas antigo e novo. Isso, porém, seria possível no direito privado (cf. MAXIMILIANO, 1955, p. 326). Para o autor, as leis de ordem pública aplicam-se de imediato por abarcarem o interesse coletivo. “Um direito, embora concreto, que pretenda ilimitada, eterna duração, assemelha-se à criança que levanta a mão contra a própria mãe; pois toda franquia jurídica advém do perpétuo evolover” (MAXIMILIANO, 1955, p. 60-62).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ensina que o problema da irretroatividade das leis apresenta-se de igual modo nos direitos privado e público, visto que, em todos os ramos jurídicos, dever-se-á respeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Entretanto, para o jurista, o problema do conflito de leis no tempo tem maior alcance no direito privado pelo fato de, neste ramo, as relações terem caráter contratual, o que faz com que ocorram em maior número as hipóteses que ensejam direitos adquiridos (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 333-335).

Barros Júnior sustenta, por sua vez, que as relações de direito público possuem caráter objetivo, motivo pelo qual, em tais relações, as partes não se situam em posição de igualdade. Destarte, em tal seara, o direito adquirido é categoria restrita, devendo decorrer diretamente de norma legal. Por sua índole legal, o vínculo dá origem à situação objetiva, na qual as prerrogativas constituídas em favor do agente são faculdades jurídicas que subsistem apenas enquanto viger a lei que as estabelece (BARROS JÚNIOR, 1958, p. 62).

Buscando conciliar interesse público e direito adquirido, “atento à lição de que o respeito a este último é também um grande motivo de interesse público” (BARROS JÚNIOR, 1958, p. 62-64), o autor conclui que o regime estatutário não é incompatível com a configuração de situações jurídicas individuais consolidadas. Isso porque os direitos a que dá origem o estatuto inserem-se ainda na ideia de prevalência do interesse público sobre o particular.

Segundo Barros Júnior, porém, entender todas as faculdades decorrentes do estatuto como direitos adquiridos é regredir à concepção contratual da relação de função pública (cf. BARROS JÚNIOR, 1958, p. 58).

Nessa esteira, ao tratar do tema da alteração do regime jurídico dos servidores públicos por meio de reforma constitucional, Modesto afirma que houve um tempo em que função pública era objeto de contrato, integrada ao patrimônio jurídico do indivíduo, o qual gozava de direito subjetivo às prerrogativas do cargo e de garantias especiais contra a alteração unilateral dos postos pelo Estado (cf. MODESTO, 1996, p. 232).

De fato, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello afirma que a maior dificuldade para aceitação da teoria contratual da função pública reside no fato de que esta, por sua própria natureza, não pode se prender aos textos legais vigentes à época do ajuste entre Estado e servidor, visto que a atividade deste se sujeita a alterações unilaterais (cf. BANDEIRA DE MELLO, 1974, p. 352).

Segundo Modesto, portanto, o regime dos servidores no presente é legal, objetivo, impessoal, estatutário, não podendo ser apropriado pelo agente. Isso porque a disciplina jurídica do cargo é determinada pela lei e pela Constituição e não por meio de contrato. Nesse sentido, o denominado regime estatutário não pode ser adquirido, mas é mutável, tendo em vista o interesse público, visto que o direito adquirido não é garantia apta a impedir a modificação de institutos pela lei (cf. MODESTO, 1998, p. 80-81).

No regime estatutário, ao contrário da mencionada concepção patrimonial de função pública, “as alterações normativas têm aplicação imediata, alcançando de forma geral e impessoal os servidores, ficando ressalvados os direitos e fatos consumados no tempo” (MODESTO, 1996, p. 232).

Dessa forma, Modesto sustenta que são intangíveis apenas os “efeitos passados de fatos passados”, e não os direitos e obrigações existentes para o presente (*facta pendencia*) e para o futuro (*facta futura*). As situações estatutárias em curso de constituição, portanto, não gozam de proteção em face de lei nova (MODESTO, 1996, p. 234).

Ademais, para o autor,

Contra a Constituição inexistente o princípio do direito adquirido e, tampouco, o princípio da irretroatividade. As normas constitucionais não apenas incidem imediatamente [...], como é-lhes permitido retroagir, para alcançar “efeitos passados de fatos passados”. (Ibid.).

Afirma Modesto que a garantia de proteção ao direito adquirido, inscrita no art. 5º, XXXVI da CF/1998, dirige-se ao legislador infraconstitucional e não ao poder constituinte originário ou reformador. Para o autor, portanto, tal garantia não impede que o poder reformador imponha por si alterações em direitos e obrigações constitucionais (cf. MODESTO, 1996, p. 237); apenas veda a supressão, por tal poder, da

garantia do direito adquirido, ou seja, do dispositivo grafado no art. 5º, XXXVI. Esta garantia é cláusula pétrea, mas não os direitos em si, na medida em que a imutabilidade imposta pelas cláusulas pétreas não abrange, para Modesto, situações jurídicas individuais (cf. MODESTO, 1998, p. 83).

Diferentemente, José Afonso da Silva sustenta a intangibilidade do direito adquirido por nova disciplina veiculada por emenda constitucional (cf. SILVA, 1998, p. 130). Isso porque, se a reforma constitucional não pode abolir direitos e garantias individuais, e o direito adquirido é garantia individual, tem-se que a reforma não pode abolir direito adquirido. Nessa linha, o raciocínio de Modesto elimina a garantia do direito pela supressão do próprio direito garantido (cf. SILVA, 1998, p. 131).

No mesmo sentido, Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho afirmam que a norma constitucional que veicula a garantia do direito adquirido impõe-se a quaisquer atos estatais que compõem o processo legislativo, incluídas aqui, portanto, as emendas constitucionais. Isso porque tal garantia é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição e, se abarca o direito adquirido por simples disposição legal, abarca igualmente o direito que se adquire por disposição constitucional (cf. BRITTO; PONTES FILHO, 1995, p. 80). Do contrário, a Constituição estaria a hierarquizar os direitos adquiridos em constitucionais e legais, privilegiando estes últimos (cf. BRITTO; PONTES FILHO, 1995, p. 77).

É interessante sublinhar que o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS 24875 / DF (BRASIL, 2006), elabora distinção no tratamento dos direitos adquiridos a partir de sua fonte normativa. Segundo o julgador, não são resguardados, em face de emendas constitucionais, os direitos oriundos de normas infraconstitucionais; não obstante, gozam de intangibilidade os direitos advindos diretamente do texto originário da Constituição (direitos qualificados), porquanto, neste caso, a vedação de reformas tendentes a aboli-lo fundar-se-ia na intangibilidade do núcleo essencial do preceito constitucional.

Discordo, porém, de tal distinção, por não vislumbrar, no texto constitucional, critério pelo qual se possa fundamentá-la, e adoto o posicionamento de José Afonso da Silva, Carlos Ayres Britto e Valmir Pontes Filho nesta matéria.

NOVAS VOZES: O DIREITO ADQUIRIDO NA CONTRATUALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA

TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO EMPREGADO-EMPREGADOR

Analisarei, neste tópico, a evolução das concepções no direito do trabalho sobre a natureza jurídica do vínculo entre o empregado e o empregador, a fim de elaborar

um paralelo entre estas e aquelas desenvolvidas no direito administrativo para explicar a relação servidor-Estado.

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

As primeiras subdividem-se em: contratualismo tradicional/teorias civilistas, que buscam enquadrar tal relação em uma das categorias contratuais já existentes no direito civil (arrendamento, compra e venda, mandato, contrato de sociedade);² e contratualismo moderno, que, reconhecendo a insuficiência das formas civilistas tradicionais para abarcar o fenômeno trabalhista, considera o vínculo entre empregado e empregador como contrato de natureza especial (contrato de trabalho, cujo objeto é uma obrigação de fazer, desempenhada de forma subordinada, pessoal, contínua e onerosa).

As teorias acontratualistas, por sua vez, sustentam que em virtude de as relações de trabalho terem passado a sofrer intensa regulamentação legal, a vontade deixou de ser decisiva para sua configuração, tendo tais relações perdido seu caráter contratual.³ De fato, tal caráter foi negado para a relação de emprego porque se partiu da concepção liberal de contrato – sobre o qual a regulação estatal era mínima, podendo as partes dispor livremente acerca das cláusulas. Os acontratualistas entenderam, pois, que o vínculo de trabalho, intensamente regulado, não se subsumia a tal concepção de contrato.

A doutrina trabalhista contemporânea critica o acontratualismo, sustentando que deve ser ampliada a noção de contrato, no sentido de que basta o acordo de vontades para haver contratualidade, sendo desnecessário que o conteúdo do ajuste seja integralmente determinado pela vontade livre das partes. Assinale-se que tal posicionamento da doutrina trabalhista diverge do já mencionado entendimento da doutrina administrativista majoritária, para a qual nem todo acordo de vontades tem natureza contratual, sendo necessário, para que esta se verifique, que o conteúdo da relação seja também determinado pelo consentimento.

Percebe-se que os administrativistas ainda utilizam os mesmos argumentos expendidos pela tese acontratualista, a qual já se encontra superada no âmbito trabalhista. Neste, não se nega hoje a natureza contratual do vínculo empregado-empregador, porquanto o simples consentimento em se submeter a determinado trabalho é, precisamente, o que diferencia o trabalho livre do trabalho escravo, tal como alerta Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena (cf. VILHENA, 2002, p. 199). Considerando-se que ambos os vínculos (servidor-Estado e empregado-empregador) são espécies do

² Para maior aprofundamento sobre cada vertente do contratualismo tradicional, vide Delgado (2002, p. 306-314) e Souza (2004, p. 42-46).

³ As teses acontratualistas abrangem a teoria da relação de trabalho e a teoria institucionalista, para o estudo das quais remetemos o leitor a Delgado (2002, p. 314-318) e Souza (2004, p. 48-90).

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.

CONTRATUALIZAÇÃO DO VÍNCULO ENTRE O SERVIDOR PÚBLICO E O ESTADO

Sustentando a contratualização da função pública, Luísa Cristina Pinto e Netto recorda que, também na relação contratual trabalhista, incidem impositivamente as normas previstas no ordenamento, reduzindo o campo de livre disposição dos contratantes de forma assemelhada ao que ocorre nos contratos de adesão no direito civil (cf. NETTO, 2003, p. 150). Segundo a autora, “na função pública é necessária a 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).

A autonomia sofre as limitações traçadas pelo ordenamento, por meio da incidência de normas imperativas que não podem ser afastadas pela vontade das partes. Também nos âmbitos do direito civil e do direito do trabalho, portanto, as relações são padronizadas e retiradas à livre disposição das partes, as quais consentem em se submeter à situação jurídica conformada por estatutos, ou seja, conjuntos de normas que regulam relações de determinados sujeitos com base em qualidades que lhes são específicas (cf. ESTORNINHO, 1990, p. 105).

Vilhena, nesse ponto, menciona o processo de involução do conceito de vontade como objeto de regulamentação jurídica. O autor ensina que a liberdade dos indivíduos para conformarem situações jurídicas consensualmente, por ser juridicamente concedida e regulada, não configura *total autonomia* ou *vontade ilimitada* (cf. VILHENA, 2002, p. 64). O próprio conceito de autonomia da vontade é jurídico, ou seja, delimitado pelo direito, de forma que a intensificação do regramento das relações jurídicas não o elimina (cf. VILHENA, 2002, p. 60-65).

Nesse sentido, aponta Vilhena:

Ora, se o contrato é matéria jurídica, objeto de relação jurídica, jamais poderia situar-se como “um reino da autonomia da vontade”, pois ninguém ignora, elementarmente, que sempre existiu, na órbita jurídica, *vontade jurídica* e não *vontade em si*. Para que o direito assegure efeito a um ato de vontade, é condição *sine qua non* se trate de vontade juridicamente equacionada. (VILHENA, 2002, p. 65).

O autor denomina “processo de dessubjetivação do jogo de interesses” a progressiva redução sofrida pela autonomia da vontade nas relações jurídicas. Em tal processo, o sujeito torna-se “sujeito-função”, no sentido de que as atividades que desempenha passam a ter finalidade específica a ser cumprida.

Nas palavras de Teresa Cristina de Souza, “quanto mais relevante o interesse, maior será a intensidade da tutela jurídica, podendo haver expressiva limitação à autonomia da vontade, mas nunca sua eliminação” (SOUZA, 2004, p. 131). Isso significa que quanto mais importante a função a ser desempenhada, maior a tutela e a regulamentação dispensadas pelo ordenamento e mais intensa é a perda, pelo sujeito, da disponibilidade dos interesses, ou seja, mais intensa é a “dessubjetivação” destes (cf. VILHENA, 2002, p. 61).

Recorde-se ainda que a afirmação de que o Estado, na relação de função pública, fixa e altera unilateralmente o estatuto padece do equívoco ao qual Vilhena denomina *interpolação alternativa*. Esta ocorre quando se toma indiscriminadamente o Estado como sujeito de direito e como ordem jurídica, levando a entender que o particular estaria subordinado, não em face da ordem jurídica, mas do Estado-sujeito-de-direito (cf. VILHENA, 1996, p. 37-38). A subordinação não pode se dar, entretanto, em face deste último, “pois o indivíduo somente se subordina à força legítima, cuja única depositária é a ordem jurídica” (NETTO, 2003, p. 158).

Destarte, não é o estado-sujeito-de-direito, como parte na relação de função pública, que fixa e altera unilateralmente o estatuto desta porque, se assim o fosse, o estado-sujeito-de-direito estaria acima da ordem jurídica, o que contraria os princípios já assentados no estado de direito.

Antônio Álvares da Silva recorda, por fim, 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 (cf. SILVA, 1993, p. 50). Assinala Souza, nessa esteira, que a possibilidade de alteração unilateral da relação não é excludente da natureza contratual de um instituto. Para a autora, tanto no direito do trabalho, em que existe o *jus variandi* do empregador, quanto no próprio direito administrativo, na matéria relativa aos contratos administrativos, verifica-se a possibilidade de alteração unilateral da relação sem que esta perca seu caráter contratual (cf. SOUZA, 2004, p. 134).

Ademais, para Netto, 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. 167-168).

De fato, o processo de substituição da vontade individual pela vontade jurídica, ocorrido com a intensificação da regulamentação legal em diversas áreas (trabalhista, civil, administrativa...), exigiu que se reformulasse o postulado liberal da auto-

nomia da vontade. Não é a reduzida regulação legal de determinado vínculo que o qualifica como contratual, mas, sim, a existência do consentimento das partes em se submeterem a uma situação legal predeterminada.

Assinale-se por fim que, quando há subordinação na relação de função pública, esta não é de pessoa a pessoa, mas é subordinação objetiva, regrada juridicamente. Não deriva, pois, da qualidade das pessoas, mas da situação jurídica criada pela norma que regula a relação. A subordinação do agente não advém do comparecimento do Estado no vínculo travado. Também no direito do trabalho, o empregado encontra-se em relação de trabalho subordinado em face do empregador, porquanto a subordinação é aspecto comum a qualquer relação de trato sucessivo. Como pontua Vilhena, quanto maior a indeterminação das prestações de uma relação, maior é o estado de subordinação do contratante. Neste estado encontra-se qualquer trabalhador, seja empregado, seja servidor, porque em ambas as hipóteses tem-se uma relação de trato sucessivo. A natureza contratual da relação não é, então, afastada pela subordinação que dela deriva (cf. VILHENA, 2002, p. 92-95).

DIREITO ADQUIRIDO E CONTRATUALIZAÇÃO DO VÍNCULO SERVIDOR-ESTADO

No tópico anterior, por meio do estudo das noções de autonomia contratual, dessubjetivação da relação jurídica, interpolação alternativa, unilateralidade e subordinação, pudemos aproximar os regimes privado e público de prestação de trabalho, tendo em vista seu caráter contratual. Neste tópico analisarei os diferentes critérios adotados no tratamento conferido ao direito adquirido ante a concepção contratual da função pública.

CRITÉRIO DA NATUREZA OBJETIVA OU SUBJETIVA DA SITUAÇÃO JURÍDICA

Gustavo Magalhães sustenta que a inexistência de direito adquirido a regime jurídico não constitui critério de distinção entre os vínculos contratual e estatutário. Para o autor, no estudo da aplicação da lei no tempo em direito administrativo, não importa se o regime tem natureza contratual ou unilateral, mas se consubstancia situação jurídica de natureza objetiva ou subjetiva (cf. MAGALHÃES, 2005, p. 204).

Segundo o mencionado jurista, também o vínculo de emprego público, cuja natureza é entendida como contratual, consiste em situação jurídica objetiva, visto que seu regime é previsto integralmente em lei, de maneira geral e impessoal. Tal regime é, pois, padronizado para todos os trabalhadores. Não há que se falar, nesse caso, em individualização dos vínculos, própria das situações subjetivas (cf. MAGALHÃES, 2005, p. 204).

Nessa esteira, conclui Magalhães que há regimes contratuais que derivam de situações objetivas, sendo seu regime alterável imediatamente nos casos de alteração

legislativa. Isso porque, nas situações jurídicas objetivas, há incidência imediata de lei nova. No caso de situações subjetivas, por sua vez, somente normas de ordem pública podem incidir de plano. Não se tratando de normas cogentes, o vínculo será regido até seu termo final pela lei vigente no momento de sua formação (cf. MAGALHÃES, 2005, p. 204).

O problema da incidência imediata da lei nova sobre o regime não envolve a natureza contratual ou estatutária deste, mas o enquadramento da situação jurídica como objetiva ou subjetiva. Neste último caso, deve-se ainda investigar a natureza da lei nova, a qual incidirá sobre os vínculos em curso somente nos casos em que se tratar de ordem pública. (MAGALHÃES, 2005, p. 207).

Para o autor, a noção de aplicação imediata das normas de ordem pública refere-se a fatos constituídos após a edição da lei e difere da noção de retroatividade, que incide quando a nova norma atinge fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor. Por isso, mesmo nos casos em que não há direito adquirido a regime, não são afetados pela lei nova os fatos consumados (férias, quinquênios recebidos). A inexistência de direito adquirido não se confunde, pois, com a retroatividade da lei nova, de modo a afetar situações já consumadas, tendo em vista a tutela ao ato jurídico perfeito (cf. MAGALHÃES, 2005, p. 203).

Segundo o autor, portanto,

se o regime estatutário é alterado pela supressão de quinquênios recebidos pelos servidores, embora a nova lei se aplique imediatamente aos vínculos antigos, os quinquênios cujos requisitos para recebimento já estejam preenchidos serão respeitados e pagos. Aqueles servidores que não houverem preenchido todas as condições necessárias para o recebimento na data da entrada em vigor da lei, nada poderão alegar, considerando tratar-se apenas de expectativa de direito. (MAGALHÃES, 2005, p. 204).

Magalhães reconhece, porém, complexidade na identificação das normas de ordem pública que, segundo ele, não são necessariamente normas de direito público, mas consistem em princípios de direito privado que incidem na tutela do bem coletivo (cf. MAGALHÃES, 2005, p. 206).

As normas de ordem pública consistem em limitações à autonomia da vontade das partes, em benefício do interesse coletivo. É por essa razão que, em determinados casos, tais normas têm incidência imediata, mes-

mo em se tratando de situações jurídicas subjetivas. (MAGALHÃES, 2005, p. 207).

O autor ressalta que, por se tratar de conceito indeterminado, a noção de “ordem pública” não comporta definição *a priori*, cabendo ao legislador esclarecer quais normas são de ordem pública. Quando a lei se omitir, caberá ao Poder Judiciário determinar a natureza da norma e dispor sobre sua aplicação imediata ou não. Considerando que a lei deve estabelecer como normas de ordem pública apenas as que forem “extremamente relevantes para a proteção dos interesses da coletividade”, o autor entende que caberá também ao Poder Judiciário, em nome da tutela ao princípio da autonomia da vontade, controlar os abusos cometidos pelo legislador na determinação excessiva de normas de ordem pública (cf. MAGALHÃES, 2005, p. 207).

Segundo Magalhães, portanto, o fato de os servidores não terem direito adquirido em face da lei nova, decorre de o regime ser previsto integralmente em lei, tratando-se de situação objetiva, geral e impessoal que possui natureza cogente (cf. MAGALHÃES, 2005, p. 207-208).

O autor aventa ainda a hipótese de a administração e o agente terem autonomia para negociar individualmente parte do regime, caso este em que a possibilidade de o conteúdo variar de servidor para servidor caracteriza a situação como subjetiva. Nesta hipótese, se a lei nova veicular normas de ordem pública, incidirá imediatamente sobre o vínculo. Se veicular interesses privados, as partes envolvidas terão direito adquirido ao regime jurídico instituído inicialmente (cf. MAGALHÃES, 2005, p. 208).

CRITÉRIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMPARTILHADA

Maria Coeli Simões Pires defende, de sua parte, que se deve afastar a prevalência apriorística da ordem pública sobre o interesse privado. Por outro lado, o direito adquirido não deve contar com proteção absoluta, definida *a priori* pelo fato de não haver segurança jurídica homogênea, mas diversos níveis de segurança, a cada um dos quais corresponde diferente grau de tutela (cf. PIRES, 2005, p. 571-577).

A proteção dispensada ao direito adquirido relaciona-se estritamente à natureza de seu objeto e às circunstâncias que o envolvem. Ademais, a própria noção de interesse público pressupõe a de segurança jurídica compartilhada, pela qual se afirma, como limite à estabilidade jurídica, a relatividade da manutenção de determinadas situações individuais em face do caso concreto. Nesse sentido, a autora sustenta que os direitos adquiridos desenvolvem-se segundo lógica processual, por meio de análise de adequabilidade de princípios diante do caso concreto. O princípio da proteção ao direito adquirido em direito administrativo deve, pois, ser entendido como norma de defesa da segurança jurídica socialmente adequada (cf. PIRES, 2005, p. 575-576).

Pires sustenta ainda que situações em curso de formação sob regime estatutário são socorridas pela segurança jurídica em caráter de proporcionalidade por meio da validação da constituição parcial do direito. A variação do regime a todos alcança, mas não desconstitui as situações aperfeiçoadas. As situações em curso de formação, por sua vez, devem ser consideradas como aquisição parcial de direito na proporção de sua constituição (cf. PIRES, 2005, p. 493-494).

Para a autora, o Estado deve ter disponibilidade sobre o regime administrativo da função, mas não pode detê-la em relação a todas as condições que informam a relação. A alteração legal deve ser tratada de forma diferente, conforme incida na relação do servidor com o Estado ou a transcenda para atingir diretamente o interesse público (cf. PIRES, 2005, p. 494-495).

CRITÉRIO DA NATUREZA IMPOSITIVA OU DISPOSITIVA DAS NORMAS

Luísa Cristina Pinto e Netto, por sua vez, ensina que a inexistência, no regime estatutário de direito adquirido a que a disciplina da relação não seja modificada não se vincula à sua fixação unilateral pelo Estado, mas ao fato de o regime de função pública derivar diretamente da lei. Modificada esta, somente permanece intocado o direito para o qual já estavam preenchidas as condições exigidas legalmente quando da entrada em vigor de nova norma (cf. NETTO, 2003, p. 184).

A autora aponta a diferença entre a alteração das cláusulas contratuais e a alteração das normas legais que disciplinam as relações contratuais. Isso porque o contrato produz normas individuais que, por terem sido criadas conjuntamente pelas partes, somente podem ser alteradas da forma como dispõem as normas gerais que disciplinam sua produção. Assim, na relação de emprego, por exemplo, as cláusulas contratuais (normas jurídicas individuais) não podem ser unilateralmente alteradas, devendo-se observar o art. 468 da CLT (que veda alterações prejudiciais ao empregado), lembrando ainda o *jus variandi* das alterações contratuais permitidas legalmente (cf. NETTO, 2003, p. 186).

No tocante às normas legais, por sua vez, a regra geral determina que elas podem ser alteradas, desde que respeitados os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Assim, as normas legais produzem efeitos enquanto não revogadas por outra norma geral. Se isto, porém, ocorrer, as prestações contratuais já consolidadas não serão afetadas, mas as vindouras estarão submetidas à nova norma geral. Destarte, “também há flexibilidade no direito do trabalho, uma vez que é possível alteração legislativa de efeitos imediatos sobre as situações em curso” (NETTO, 2003, p. 188-189).

Nessa esteira, Netto sustenta que se assemelham as alterações legais em relações contratuais e estatutárias. Na relação regida pelo direito do trabalho distinguem-

-se aspectos que descendem diretamente da lei, presentes os pressupostos fáticos, de outros disciplinados pelas partes nos espaços deixados à sua livre disposição. Configuram-se como normas cogentes/de ordem pública os aspectos que descendem diretamente da lei e não podem ser afastados pelas partes (cf. NETTO, 2003, p. 199).

Assim, as alterações legais, também na seara do direito do trabalho, na qual vigora o modelo contratual, modificam as condições originalmente estabelecidas, restando respeitados os direitos adquiridos e passando-se a reger as prestações futuras segundo as novas normas gerais. Tem aplicação imediata a alteração de normas que dispõem sobre o núcleo mínimo imperativo da relação contratual de trabalho, regra esta que aproxima do modelo estatutário tal modelo contratual (cf. NETTO, 2003, p.189-193).

Netto ressalta que a aplicação imediata de normas de ordem pública heterônomas não se confunde com retroatividade. Isso porque apenas os aspectos da relação excluídos da força dispositiva das partes (ou seja, os que descendem diretamente da lei) são modificados. A lei nova não atinge a constituição do contrato, mas somente sua execução (cf. NETTO, 2003, p. 191).

Em regime contratual, portanto, o que se resguarda em face de alterações legislativas são apenas os aspectos deixados à livre disposição das partes. Somente quanto à parte da disciplina não atingida por normas cogentes, há verdadeiro direito adquirido a regime, porque tal porção da disciplina só pode ser alterada da forma como dispõem as normas gerais. No que concerne à disciplina que descende diretamente de normas gerais, não há falar em direito adquirido a regime, pois este pode ser modificado por alterações legislativas (cf. NETTO, 2003, p. 192-193).

A semelhança existente entre as alterações legais em relações contratuais e estatutárias é exemplificada pela autora por meio de modificações legislativas ocorridas na seara trabalhista: a) a instituição da gratificação natalina pela Lei 4.090/62, que teve aplicação imediata aos contratos em curso; b) a alteração da disciplina de férias, trazida pelo Decreto-lei 1.535/77, acerca da qual se entendeu majoritariamente que o direito às férias somente se aperfeiçoa quando estas são concedidas pelo empregador, de forma que se o período aquisitivo completou-se na vigência da legislação anterior, mas as férias não foram concedidas, a elas se aplica a legislação vigente no momento da concessão; c) alterações ocorridas em virtude da política salarial, cujas normas foram consideradas de ordem pública, tendo aplicação imediata sobre os contratos em curso (cf. NETTO, 2003, p. 193-196).

Teresa Cristina de Souza aponta, nessa esteira, que as alterações legais que incidem imediatamente sobre situações jurídicas constituídas anteriormente não são fenômeno exclusivo do regime estatutário, porquanto, no regime contratual trabalhista, as alterações decorrentes de mudanças legislativas também incidem de imediato no contrato de trabalho (cf. SOUZA, 2004, p. 137).

Netto recorda ainda, que os quinquênios e anuênios são apontados como caso típico em que se modifica o regime da função pública unilateralmente, com aplicação imediata sobre as situações estatutárias em curso. Isso, segundo a doutrina majoritária acima mencionada, não ocorreria em relações contratuais nas quais a extinção só produziria efeitos em relação aos trabalhadores que fossem contratados após a extinção dos acréscimos, visto que seus contratos não mais os preveriam (cf. NETTO, 2003, p. 197).

Criticando tal distinção, a autora sublinha que, no vínculo estatutário, a previsão dos anuênios/quinquênios dá-se por meio de lei, de forma que, se esta for modificada, a alteração será aplicada imediatamente às situações em curso e os agentes só farão jus aos anuênios/quinquênios cujo período aquisitivo já se houver completado. Assim, os servidores não mais receberão novos acréscimos advindos de anuênios/quinquênios que ulteriormente viessem a se completar (cf. NETTO, 2003, p. 198).

Por outro lado, na relação trabalhista, por não haver previsão de quinquênio ou anuênio em lei, sua disciplina faz-se por meio dos contratos de trabalho ou pelos regulamentos da empresa. Portanto, se tal previsão se der por meio de norma individual, sua alteração deverá seguir as normas relativas às alterações das cláusulas contratuais (mútuo acordo, sem prejuízo para o empregado). A supressão dos anuênios/quinquênios nos contratos em curso está vedada e a alteração do regulamento da empresa vale apenas para contratos futuros. “Tal vedação, percebe-se, existe não porque o regime é contratual, mas porque não se trata de alteração legal e sim alteração contratual não permitida” (NETTO, 2003, p. 198).

FUNÇÕES NORMATIVAS DE IMPOSIÇÃO, PROIBIÇÃO E PERMISSÃO DE CONDUTAS

Cabe, neste ponto, analisar em que consistem as funções normativas da imposição, proibição e permissão. Conforme ensina Hans Kelsen, a função específica de uma norma é a imposição de determinada conduta. Toda imposição de dada conduta é a proibição da omissão de tal conduta, bem como toda proibição de conduta pode ser entendida como a imposição de sua omissão. Proibir e impor não são, dessa forma, duas diferentes funções, mas apenas a mesma função com referência a condutas diferentes: a ação e a omissão desta (cf. KELSEN, 1986, p. 120-121).

Kelsen assevera que, com a ideia de *permissão* de dada conduta, pode-se indicar que nenhuma norma tem essa como objeto, ou seja, tal conduta não é proibida nem imposta. Neste sentido, a permissão tem significado meramente negativo (cf. KELSEN, 1986, p. 123-124).

Neste viés, conforme a lição de Kelsen, a permissão relaciona-se com a função de imposição/proibição na medida em que o ser-permitido, em sentido negativo, só existe se determinada conduta não é proibida nem imposta. Portanto, ser permitido e ser imposto excluem-se mutuamente, visto que, se dada conduta é permitida, ela não é imposta e vice-versa. A permissão implica, desta forma, a opção de conduzir-se ou não de dada maneira, que não é imposta nem proibida (cf. KELSEN, 1986, p. 125).

Assim, entendo que quando se estiver em face de imposição/proibição veiculada por meio de norma legal, seja no regime de direito do trabalho, seja no de direito administrativo, a alteração legal será aplicada de imediato à relação, resguardados os direitos adquiridos e aqueles em curso de aquisição, na proporção em que esta tiver se dado. Não haverá, pois, que se falar em *direito adquirido a regime*. Quando se estiver diante de permissão, as normas individualmente criadas no exercício desta (ou seja, no espaço deixado pela norma legal à livre disposição das partes) somente poderão ser alteradas da forma como dispuserem as normas gerais que disciplinarem sua produção.

Isto posto, compreendo, na esteira de Gustavo Magalhães e Luísa Cristina Pinto e Netto, que é irrelevante a distinção entre os regimes de direito privado e público no que concerne à inexistência de direito adquirido em que a disciplina da relação de trabalho não seja modificada. Considero ainda que ambos os regimes são estatutários (porquanto submetidos a conjuntos de normas legais impositivas, proibitivas e permissivas) e contratuais (porquanto necessário o consentimento das partes em se submeterem a uma situação legal predeterminada).

DIREITO SUBJETIVO, DIREITO EXPECTADO E EXPECTATIVA DE DIREITO

Conforme estudado acima, tanto a concepção unilateral quanto a concepção contratual de função pública compreendem que somente se reputa adquirido o direito para o qual já estavam preenchidas, em sua totalidade, as condições exigidas legalmente quando da entrada em vigor de nova norma. Consideram-se indistintamente meras expectativas de direito, as situações em que não se encontram preenchidos os requisitos legalmente impostos.

Faz-se necessário, porém, analisar a tutela conferida às diferentes etapas do processo de aquisição de direitos a fim de que sejam aclaradas as figuras do direito expectado e da expectativa de direito.

Ao tratar do processo aquisitivo de direitos, Limongi França distingue as categorias da aquisição simples e da aquisição complexa. Na primeira, os direitos são auferidos em consequência de um elemento único, seja lei ou fato jurídico. Os direitos de aquisição complexa, por sua vez, vinculam-se à perfeição de elementos que se incorporam de modo sucessivo, ou por partes, ao patrimônio do titular (cf. FRANÇA, 1994, p. 256-257).

No caso de aquisição gradativa mediante decurso de certo lapso de tempo, o autor menciona o direito à aposentadoria, e sugere que, em face de alterações supervenientes, aplica-se imediatamente a lei nova, resguardando-se o lapso já constituído. Segundo França, “não se pode negar uma certa patrimonialidade relativa ao decurso de prazo, ainda que incompleta” (FRANÇA, 1994, p. 256-257).

Sublinha Pontes de Miranda, por sua vez, que os direitos podem nascer instantaneamente ou não. No primeiro caso todos os fatos de que depende a aquisição de direitos produzem-se de uma só vez. No segundo caso, os fatos vêm uns após os outros, de modo que cada um deles é um passo para a aquisição do direito, mas não ainda a aquisição em si (cf. MIRANDA, 1955, p. 282).

Segundo o autor, erraríamos se tratássemos como pertencentes a um mesmo plano todas as expectativas, porquanto há direitos em processo de formação aos quais falta a seu futuro titular o exercício de algum direito já formado; há outros, porém, que somente surgirão se algum fato acontecer ou se outro sujeito praticar algum ato.

No mesmo sentido, argumenta Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena que a incorporação de bens jurídicos ao patrimônio de alguém comporta gradativa escalada de apresamento e fixação, não havendo, portanto, um tipo unitário de expectativa de direito (cf. VILHENA, 1971, p. 11-12).

O autor chama a atenção, portanto, para a necessidade de proteção de situações em curso de constituição no âmbito de relações estatutárias, estendendo certa proteção aos direitos expectados em razão de sua potencialidade patrimonial. A doutrina tradicional, porém, por meio de exame simplista da matéria, “esmaece toda a sua virtualidade eficaz na figura da simples expectativa e daí salta, como a um pólo oposto, para os chamados direitos adquiridos” (VILHENA, 1971, p. 12), conferindo às diferentes etapas de aquisição de direito a eficácia correspondente ao “grau zero” de sua incorporação.

O grau de expectativa é medido pela intensidade com que é assegurada a eficácia da incorporação do direito no patrimônio do sujeito. A gradação da tutela jurídica dos interesses deve considerar o grau de incorporação do bem ao patrimônio do interessado, ou seja, a intensidade do asseguramento da eficácia.

Se a maior ou menor segurança de incorporação do bem jurídico no patrimônio do legitimado parte do campo de precisão estabelecido na norma jurídica, significa isto que a norma confere ao titular daquele bem um maior ou menor poder de disposição de seu conteúdo (material) e de preservação ou de defesa de sua efetividade (formal). (VILHENA, 1971, p. 15).

Assim, não se podem colocar todas as etapas de aquisição do direito sob uma forma única de tutela. Se a norma estabelece graus de incorporação, estabelece igualmente diferentes graus de tutela.

Fala-se, pois, em graus diferentes de intensidade de espera, a depender da posição jurídica ocupada pelo futuro titular, a qual constitui degrau para a aquisição do direito. “A expectativa enche-se com o fato de já estar no patrimônio do expectante o degrau para aquisição do direito. Há direito a adquirir direito” (MIRANDA, 1955, p. 283).

Entre o direito subjetivo a adquirir e o direito a ser adquirido há apenas o exercício de uma pretensão, ou ação pelo titular, ou a ocorrência de algum fato. Só se fala em mera expectativa quando se espera um direito sem a intercalação de nenhum direito expectativo ou formativo, o que corresponde ao *grau zero* de incorporação do direito. Nesse sentido, sustenta Vilhena a incindibilidade na aplicação dos direitos constituídos em cadeia e que entre si se supõem (cf. VILHENA, 1971, p. 14).

Porque os supostos jurídicos se entrelaçam e o advento de um direito vem implicado na existência e atualidade de outro, a alusão à expectativa de direito, propriamente dita, não atende ao fluxo da carga jurídica protetora que a regra responsável pela criação de bens parcelados contém para o futuro. (VILHENA, 1971, p. 14).

Somente há expectativa de direito nos casos em que ainda não se iniciou nenhuma etapa do suporte fático da regra que atribui o direito: “a regra jurídica, a cuja incidência corresponderia o fato jurídico, ainda não incidiu, porque suporte fático ainda não há” (MIRANDA, 1955, p. 291).

Conforme pontua Vilhena, qualificam-se como direitos expectados as expectativas carregadas de certo grau de segurança, incrustadas em complexos de relações jurídicas, sobretudo de natureza continuativa. Destarte, o titular do direito expectado é, necessariamente, titular de uma pretensão à consecução do direito pleno e já detém, pois, mecanismos de tutela deste (cf. VILHENA, 1971, p. 16).

A potencialidade patrimonial, que se resguarda debaixo de sucessivas e gradativamente mais nítidas posições jurídicas do legitimado, é tão real em sua tutela e em seus elementos formativos quanto aqueles direitos que lhe servem de base. (VILHENA, 1971, p. 14-15).

Vilhena ensina, portanto, em lição com a qual concordo, que o direito adquirido deve ser compreendido como posição jurídica dinâmica, “cambiante na intensidade de asseguramento e consecução de um bem” (VILHENA, 1971, p. 16-17), e não como conceito estático e rígido como o faz a doutrina tradicional. Tal embate entre

a posição cambiante do direito e a rigidez da busca por segurança jurídica faz-me lembrar a beleza do verso do itabirano, em que a violência dinâmica do sentimento irrompe a passividade estática da fotografia: “Itabira é apenas uma fotografia na parede/ Mas como dói!” (ANDRADE, 1993, p. 47).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise dos argumentos da concepção majoritária acerca da natureza jurídica unilateral do vínculo entre o servidor público e o Estado, pude verificar que as distinções que tal concepção aponta entre os regimes privado e público da função pública derivam de noções liberais acerca do contrato, da unilateralidade, da autonomia contratual e da subordinação. Verifiquei, ainda, que a diferença apontada por tal concepção entre os regimes *contratual* e *estatutário* refluí sobre o entendimento acerca do tratamento a ser dado à aquisição de direitos em cada um de tais regimes.

Estudando a evolução das concepções no direito do trabalho, acerca da natureza jurídica do vínculo entre o empregado e o empregador, considerei que a teoria administrativa tradicional acerca da natureza do liame servidor-Estado ainda utiliza os mesmos argumentos expendidos pela tese acontratualista, já superada no âmbito trabalhista. Concebi, pois, ambos os vínculos (servidor-Estado e empregado-empregador) como espécies do gênero *relação de trabalho livre* (por consistirem, igualmente, em espécies de prestação de trabalho subordinado, mas não escravo).

Analisei os argumentos que buscam sustentar a contratualização do vínculo entre o servidor público e o Estado e, mediante o estudo dos conceitos de dessubjetivação da relação jurídica e de interpolação alternativa, pude aproximar os regimes privado e público de prestação de trabalho, tendo em vista seu caráter contratual.

Após o exame dos diferentes critérios adotados no tratamento conferido ao direito adquirido em face da concepção contratual da função pública (natureza jurídica da situação, segurança compartilhada, natureza impositiva ou dispositiva das normas), passei à análise das funções normativas.

Concluí que quando se estiver em face de imposição/proibição veiculada por meio de norma legal, seja no regime de direito do trabalho, seja no de direito administrativo, a alteração legal será aplicada de imediato à relação, resguardados os direitos adquiridos e aqueles em curso de aquisição, na proporção em que esta tiver se dado. Não haverá, pois, que se falar em *direito adquirido a regime*. Quando se estiver em face de permissão, as normas individualmente criadas no exercício desta (ou seja, no espaço deixado pela norma legal à livre disposição das partes), somente poderão ser alteradas da forma como dispuserem as normas gerais que disciplinarem sua produção.

Compreendi ainda, ser irrelevante a distinção entre os regimes de direito privado e público no que concerne à inexistência de direito adquirido a que a disciplina da relação de trabalho não seja modificada. Considerei, nesse viés, que ambos os regimes são estatutários (porquanto submetidos a conjuntos de normas legais impositivas, proibitivas e permissivas) e contratuais (porquanto necessário o consentimento das partes em se submeterem a uma situação legal predeterminada).

Por fim, analisei a tutela conferida às diferentes etapas do processo de aquisição de direitos e apartei os conceitos de direito expectado e de expectativa de direito. Reputei que a gradação da tutela jurídica dos interesses deve considerar o grau de incorporação do bem ao patrimônio do interessado, de forma que as situações em curso de formação, sob regime estatutário, sejam tuteladas em caráter de proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ANASTASIA, A. A. J. **Regime jurídico único do servidor público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.

ANDRADE, C. D. Confidência do Itabirano. In: ANDRADE, C. D. **Antologia poética**. Rio de Janeiro: Record, 1993. p. 46-47.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 1991.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. Aplicação da lei no tempo em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 134, p. 11-21, out.-dez. 1978.

BANDEIRA DE MELLO, O. A. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I.

BANDEIRA DE MELLO, O. A. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. II.

BAPTISTA, P. F. Servidor público: direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, p. 141-158, jul.-set. 2000.

BARROS JÚNIOR, C. S. Direitos adquiridos dos funcionários públicos. **Revista dos Tribunais**. v. 273, p. 56-65, 1958.

BARROSO, L. R. A Constituição e o conflito de normas no tempo: direito constitucional intertemporal. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, n. 3, p. 191-228, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24875 / DF - DISTRITO FEDERAL**. Relator (a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. **Julgamento: 11/05/2006**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 06-10-2006, p. 33. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17/09/2007.

BRITTO, C. A.; PONTES FILHO, V. Direito adquirido contra as emendas constitucionais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 202, p. 75-80, out.-dez. 1995.

CIRNE LIMA, R.. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

ESTORNINHO, M. J. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FRANÇA, L. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

KELSEN, H. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, H. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MAGALHÃES, G. A. **Contratação temporária por excepcional interesse público**: aspectos polêmicos. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS, S. P. Direito adquirido e reforma previdenciária. **Revista de Previdência Social**, ano XXIII, n. 222, p. 453-457, mai. 1999.

MAXIMILIANO, C. **Direito intertemporal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

MIRANDA, P. **Tratado de direito privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 5.

MODESTO, P. Reforma administrativa e direito adquirido. **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, p. 79-94, jan.-mar. 1998.

MODESTO, P. Reforma administrativa e direito adquirido ao regime da função pública. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 8, p. 503-507, ago. 1996.

NETTO, L. C. P. **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, 2003.

PIRES, M. C. S. **Direito adquirido e ordem pública**: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROCHA, C. L. A. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SAMPAIO, J. A. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, A. A. **Os servidores públicos e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. 232 p.

SILVA, J. A. Reforma constitucional e direito adquirido. **Revista de Direito Administrativo**, n. 213, p. 121-131, jul.-set. 1998.

SOUZA, T. C. **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. 2004.

VILHENA, P E. R. **O contrato de trabalho com o Estado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

VILHENA, P E. R. **Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VILHENA, P E. R. As expectativas de direito, a tutela jurídica e o regime estatutário. **Revista de Informação Legislativa**, v. 8, n. 29, p. 11-18, jan.-mar. 1971.

Submetido em: 31/1/2012

Aceito em: 11/5/2012