

O Funcionário Público no Direito Administrativo Francês (*)

ANDRÉ DE LAUBADÈRE

(Trad. de Caio Tácito)

A DEFINIÇÃO de funcionário público há muito foi fixada pela jurisprudência do Conselho de Estado. Segundo esta definição jurisprudencial é funcionário público o indivíduo “investido em um emprego permanente nos quadros de um serviço público”. Ver, p. ex: C.E. 9 março 1923, *Hardoin*, p. 239; conclusões Rivet na “Revue de Droit Public” 1923, p. 239; C.E. 20 dezembro 1946, *Col. de Madagascas*, Dalloz 1947, J. 464, nota P. Huet.

O artigo 1.º da lei de 19 de outubro de 1946, aprovando o Estatuto dos Funcionários, confirma a definição jurisprudencial, em que visivelmente se inspirou, declarando-o aplicável às “pessoas que, nomeadas para emprego permanente, foram titularizadas em um grau da hierarquia dos quadros da administração central do Estado, dos serviços exteriores dependentes, ou dos estabelecimentos públicos do Estado”.

Os elementos desta definição necessitam ser esclarecidos. No que concerne à noção do serviço público, importa precisá-la, porque comporta certos tipos de serviços públicos, uma restrição que não está explícita no conceito.

I — PERMANÊNCIA DO CARGO

A) *Cargo permanente, provimento permanente* — A permanência é um elemento necessário à definição do funcionário público. Ela se refere, ao mesmo tempo, ao cargo e a seu provimento: somente é funcionário o indivíduo que ocupa de modo permanente um cargo também permanente. Vide p. ex.: C.E. 24 de março 1905, *Vauthron*, p. 308 (emprego não-permanente de operário); 15 fevereiro 1907, *Moulié*, p. 160 (ocupação não permanente, mas apenas provisória de posto permanente de direção).

B) *Exclusões resultantes da noção de permanência* — A noção de permanência exclui da categoria de funcionários públicos numerosas espé-

cies de pessoas empregadas, sob diversos títulos, pela administração, como, para citar somente os casos mais típicos: os interinos; os indivíduos requisitados para tarefas temporárias (jurados, pessoas requisitadas de acordo com a lei de 11 de julho de 1938, prorrogada pela lei de 28 de fevereiro de 1950, vide C.E. 10 de novembro de 1950, *Sirey* 1951, 3.10, nota F.R.); os colaboradores ocasionais; os indivíduos convocados ao serviço militar; os agentes temporários, etc.

II — INTEGRAÇÃO EM QUADRO

A) *Quadro e titularização* — Os serviços públicos são organizados segundo quadros, isto é, categorias de cargos fixadas em leis e regulamentos de serviço e hierarquizadas (art. 25 do Estatuto geral dos funcionários).

A integração no quadro se traduz pela operação jurídica da *titularização*. É a titularização no quadro que gera a qualidade de funcionário público.

B) *Exclusões resultantes da noção de titularização no quadro* — Esta noção da titularização ou integração no quadro permite definir a *contrário* uma parte importante do pessoal não funcionário:

1.º Os *estagiários*, que realizam, em seguida a concurso de recrutamento, um período de prova com a finalidade de ulterior titularização. O estatuto dos estagiários do Estado está, atualmente, regulado pelo decreto de 13 de setembro de 1949.

2.º Os diversos *empregados* ou *operários da administração*, recrutados mediante contratos de direito privado de locação de serviço.

C) *Os auxiliares* — O caso dos agentes auxiliares é mais complexo e especial. Originariamente, a categoria dos auxiliares se distinguia, nitidamente, da dos funcionários, por se tratar de agentes recrutados para serviços temporários e não organizados em quadros. Mas esta concepção do pessoal auxiliar evoluiu, em virtude de razões de política administrativa: pretendeu-se evitar a titularização de um número demasiado de servidores,

(*) Trechos do livro “Traité élémentaire de Droit Administratif” — Paris — 1953.

mas a necessidade de pessoal levou a organizar uma categoria que se aproxima da dos funcionários, embora sem a mesma permanência e deixando à administração o máximo de liberdade para dispensar tais agentes, ou, ao contrário, titularizá-los. Os auxiliares foram, pois, dotados de um estatuto que compreende verdadeiros *quadros* (Decreto de 19 de abril de 1946, estabelecendo garantias de acesso, de disciplina, licenças por doença, etc.); sob esse ponto de vista, eles não mais se distinguem dos funcionários, senão pelo fato de que têm quadros próprios, distintos dos funcionários propriamente ditos. Quanto à permanência no cargo pode-se dizer, apenas, que é menor do que a dos funcionários (o decreto de 1946 distingue, aliás, auxiliares permanentes e provisórios). Na realidade, não é vedado considerar os auxiliares como uma *categoria particular de funcionário*. Ver, também, a lei de 3 de abril de 1950, autorizando a transformação de cargos e a reforma do auxiliariato.

III — PARTICIPAÇÃO EM UM SERVIÇO PÚBLICO

A) A jurisprudência do Conselho de Estado consagra, como elementar à definição do funcionário, a participação em um serviço público. Mas este elemento deve ser caracterizado de várias maneiras :

1.º O legislador assimila, excepcionalmente, aos funcionários determinadas pessoas não empregadas em serviços públicos, como é o caso dos alunos da Escola Nacional de Administração (Ordenação de 9 de outubro de 1945) e os alunos do 3.º ano das Escolas Normais Superiores (Lei de 26 de agosto de 1948).

2.º Não é funcionário o pessoal dos serviços públicos geridos por particulares, notadamente os empregados de concessionários de serviço público.

3.º Mas, sobretudo, a exclusão mais importante diz respeito a uma parte do pessoal dos serviços industriais ou comerciais.

B) *O pessoal dos serviços públicos industriais ou comerciais* — Para esses serviços públicos, mesmo quando organizados diretamente ou sob forma autárquica, a jurisprudência há muito decidiu que os *agentes subalternos* não gozam da qualidade de funcionários; somente possuem essa condição o *pessoal dirigente* e o *pessoal contábil*. Os agentes subalternos se acham em uma situação jurídica de direito privado, cujo contencioso pertence aos tribunais judiciários. Aplica-se, assim, à situação jurídica do respectivo pessoal, o entendimento de que os serviços industriais e comerciais vivem sob regime de direito privado.

O Estatuto Geral dos Funcionários não se aplica ao "pessoal das administrações, serviços e estabelecimentos públicos do Estado que apresen-

tam um caráter industrial ou comercial". Este texto não deve ser interpretado como o abandono da distinção entre o pessoal subalterno e o pessoal dirigente e contábil; significa que esses últimos agentes, embora sendo funcionários, não se submetem às regras do Estatuto Geral, do mesmo modo que a elas não se subordinam os "magistrados e militares".

NATUREZA JURÍDICA DA SITUAÇÃO DO FUNCIONÁRIO

É duplo o problema da situação jurídica do funcionário público: 1.º trata-se de saber se existe uma situação de direito público ou de direito privado; 2.º trata-se, ainda, de saber se o funcionário está em uma situação legal e regulamentar, ou em situação jurídica subjetiva, especialmente se está ligado por um contrato à coletividade pública a que serve.

Tais problemas deram lugar, durante longo tempo, a uma das controvérsias mais conhecidas de direito administrativo; atualmente, estão resolvidos, segundo princípios que ninguém mais discute. Antes de expô-los, convém relembrar os debates anteriores.

I — ANTIGA DISTINÇÃO ENTRE FUNCIONÁRIOS DE IMPÉRIO E DE GESTÃO

Alguns entenderam, outrora, resolver o problema, distinguindo funcionário de império e de gestão, conforme a sua competência se estendesse aos atos ditos de império (ou de poder público) e aos simples atos de gestão. Os primeiros estariam em uma situação contratual de direito privado, análoga à dos empregados privados (Berthelemy, Nézard). Esta distinção foi abandonada ao mesmo tempo do que a que lhe servia de esteio, dos atos de império e de gestão.

II — POSIÇÃO ORIGINÁRIA DO CONSELHO DE ESTADO

Até época recente, o Conselho de Estado adotara uma posição que comportava certa ambigüidade. Em múltiplos arestos aplicava, à situação dos funcionários, regras que implicavam, logicamente, na idéia de uma situação legal ou regulamentar e de direito público. Entretanto, sua doutrina, ao menos até certo período, era a de que o funcionário estava ligado à administração por um *contrato de função pública* e se encontrava, portanto, em uma situação contratual de direito público. Esta idéia era, em geral, vivamente criticada pela doutrina que sublinhava a contradição com as soluções adotadas pelo próprio Conselho.

Foi a propósito da greve de funcionários que o Conselho de Estado entendeu necessário manter a noção do contrato de função pública a fim de justificar o direito à administração de dispensar

o funcionário grevista, sem recorrer ao processo disciplinar, uma vez que, com o ato da greve, se considerava desfeito, pelo próprio funcionário, o contrato: C.E. 7 de agosto de 1909, *Winked*, p. 826, concl. Tardieu, Sirey 1909. 3.145, nota Hauriou. Mais tarde, o Conselho de Estado, mantendo a jurisprudência sobre o processo de dispensa do agente grevista, deixou de justificá-la com a idéia do contrato e se limitava a declarar que, pela greve, o funcionário se colocava fora do campo de aplicação das leis e regulamentos: C.E. 22 de outubro de 1937, *Delle Minaire*, Dalloz 1938. 3.49, nota Eisenmann.

III — O ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS

Dispondo que “o funcionário está numa situação estatutária e regulamentar”, o art. 5.º do Estatuto Geral dos Funcionários encerrou a controvérsia e eliminou, definitivamente, a concepção do contrato de função pública, como base da situação normal dos funcionários públicos.

O princípio geral é, portanto, hoje, que o funcionário se encontra em situação legal e regulamentar. Contudo, excepcionalmente, certos funcionários podem estar ligados à administração por um contrato: são os *funcionários contratuais*. Seja legal ou contratual, a situação do funcionário é sempre uma *situação de direito público*.

IV — A SITUAÇÃO LEGAL E REGULAMENTAR

Se a idéia da situação legal ou regulamentar e de direito público foi, praticamente, consagrada pela jurisprudência é porque corresponde aos interesses e exigências do serviço público: primado dos interesses do serviço sobre os interesses pessoais do agente, necessidade de poder modificar, a todo momento, as regras de organização do serviço. É evidente que tais exigências são mais facilmente satisfeitas: 1.º) com a situação de direito público que permitirá a aplicação de regras especiais destinadas a fazer predominar o interesse do serviço; 2.º) com a situação legal e regulamentar que permitirá ao Estado, único juiz das necessidades do serviço, estabelecer unilateralmente a situação de seus agentes e modificá-la, sempre que necessário, adaptando-a às conveniências do interesse geral.

Do caráter legal e regulamentar da situação do funcionário resultam conseqüências capitais que a jurisprudência do Conselho de Estado, há longo tempo, consagrou:

1.º) O conteúdo da situação de funcionário é fixado, antecipadamente, mediante ato geral e impessoal, por meio de leis e regulamentos. É o mesmo para todos os funcionários da mesma categoria; as convenções particulares entre a administração e um funcionário são desprovidas de valor jurídico.

2.º) O conteúdo da situação do funcionário, seus direitos e obrigações podem ser modificados unilateralmente pelo Estado, a todo momento,

sem que o funcionário possa invocar pretensões “direitos adquiridos”, nem reclamar indenização.

3.º) O funcionário pode utilizar-se do recurso por excesso de poder contra as decisões administrativas que violem leis e regulamentos.

4.º) A situação do funcionário sendo de direito público os litígios contra a administração são do conhecimento dos tribunais administrativos.

IV — NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE NOMEAÇÃO

Sendo a situação jurídica do funcionário legal e regulamentar, e não subjetiva, daí resulta que o ato de nomeação não é um ato subjetivo, sobretudo, não é um contrato. A prova é que pode ser objeto de recurso por excesso de poder, quando este é inaplicável aos contratos. O ato de nomeação é um ato individual atributivo de uma situação geral e impessoal, isto é, um *ato condição*.

Do ponto de vista formal, qual a natureza do ato de nomeação? É um ato unilateral ou um acôrdo de vontade?

O Conselho de Estado admite que o funcionário está sujeito às regras da função pública (notadamente ao regime disciplinar) desde que a administração o nomeou, antes mesmo de aceitação do cargo. A nomeação, mesmo antes de aceita, não pode ser invalidada, senão nas condições previstas para a anulação dos atos administrativos. Pode, porém, o funcionário recusar a nomeação sem estar obrigado a se demitir: a recusa extingue a nomeação.

Não parece possível conciliar êsses dois tipos de regras, a não ser considerando a nomeação um *ato unilateral provido de condição resolutória* (como no caso de recusa de aceitação).

V — OS FUNCIONÁRIOS CONTRATUAIS

Se os funcionários estão normalmente em uma situação legal e regulamentar, há alguns recrutados por meio de verdadeiros contratos. O Conselho de Estado reconhece, há muito, a existência e legalidade dessa instituição. De início, apenas abrangia certos cargos coloniais, mas, aos poucos, se generalizou.

Um exemplo típico é o dos *militares engajados*; o Conselho de Estado, que, anteriormente, considerava-os em situação “regulamentar e não contratual”, reconhece, atualmente, no engajamento militar um contrato.

A situação jurídica do funcionário contratual se caracteriza pelos traços seguintes:

1.º) O funcionário contratual é um verdadeiro funcionário; está, assim, submetido às obrigações gerais e se beneficia das garantias gerais da função pública;

2.º) Mas, a origem de sua situação é um verdadeiro *contrato*, possibilitando a determinação individual de condições no ato da admissão e a ausência de garantia de renovação no momento

da expiração do contrato (é, sobretudo, este último característico que distingue, *praticamente*, a situação contratual e a do funcionário).

E' necessário salientar que a situação do funcionário contratual não é jamais inteiramente contratual; é, em verdade, *mista*, compreendendo, ao lado de cláusulas contratuais, disposições estatutárias.

3.º) O contrato relativo ao funcionário contratual é um contrato administrativo, cujo contencioso cabe aos tribunais administrativos e se submete às regras gerais dos contratos administrativos, particularmente à possibilidade de modificação ou rescisão unilateral.

Assim, o funcionário contratual se distingue:

1.º — do funcionário de tipo normal; 2.º — do agente ligado à administração por um contrato de direito privado; 3.º — finalmente, mesmo de certos agentes ligados à administração por um contrato de direito público, mas que não são funcionários, porque sua colaboração não constitui uma "participação permanente em um serviço público".

VI — SITUAÇÃO JURÍDICA DO PESSOAL NÃO FUNCIONÁRIO

Será inexato deduzir que, por oposição aos funcionários públicos, os agentes não funcionários empregados pela administração se acham em uma situação jurídica semelhante à dos assalariados de direito privado. Se, com efeito, muitos dentre eles estão nessa situação, o estatuto do pessoal não funcionário é, em realidade, muito diverso :

1.º) *Agentes ligados por um contrato de direito privado* — E' certo que a maior parte do pessoal não funcionário está sujeito a um estatuto de direito privado que se subordina à competência contenciosa dos tribunais judiciais. Esta situação se traduz em um contrato de locação de serviços assemelhado ao dos empregados em empresas privadas. E' o caso de empregados, trabalhadores, etc. recrutados, sob essa forma, pelas colectividades públicas. E' igualmente, o caso do pessoal subalterno dos serviços públicos industriais ou comerciais. Cabe, somente, recordar que, de um lado, as leis relativas aos empregados de empresas privadas não lhes são sempre aplicáveis e, de outra parte, que o pessoal de certas empresas nacionalizadas dispõe de estatuto próprio que tende a transformar a sua situação em legal e regulamentar, ao invés de contratual.

2.º) *Agentes ligados por um contrato de direito público* — Nada impede que a administração, quando recruta os agentes não funcionários por contrato, utilize a fórmula do contrato administrativo, de preferência ao contrato ordinário de locação de serviços. O agente se encontra, então, em uma situação contratual de direito público, cujo contencioso cabe aos tribunais administrativos.

3.º) *Agentes submetidos a uma situação legal e regulamentar* — Finalmente, várias categorias de agentes se encontram em situação totalmente definida nas leis e regulamentos. E' o caso dos *interinos*, dos *estagiários*, dos *requisitados*. Também assim se pode dizer dos *auxiliares*, depois que o decreto de 19 de abril de 1946 lhes outorgou um verdadeiro estatuto.