

Natureza da relação jurídica entre o Estado e o funcionário (*)

Paulo de Gusmão

O autor do presente artigo mostra que é grande a diversidade de opinião entre os juristas, no que concerne à determinação da natureza da relação jurídica entre o Estado e o funcionário. Para isso, faz a exposição e crítica das diferentes doutrinas, tanto no direito privado como no público, apreciando, além disso, a doutrina negativista, e, por último o pensamento dos autores modernos. Conclue, finalmente, por firmar o seu ponto de vista, apresentando os fundamentos jurídicos em que se baseia para considerar a relação como de natureza contratual, de direito público. (N.R.).

I

A SITUAÇÃO do funcionário frente à administração pública é um dos pontos mais controvertidos em direito administrativo, existindo sobre o assunto uma já extensa bibliografia.

A determinação da natureza do vínculo jurídico que une o funcionário à administração tem, não só interesse doutrinário, como, também, um não menor interesse prático, pois pela sua caracterização jurídica podemos precisar os direitos e deveres que dela decorrem, para ambas as partes.

As transformações sociais influindo, paulatinamente, no evoluir do direito através dos tempos motivaram o desdobramento da simples e tradicional dicotomia romana, isto é, do *direito privado* e *público*, em outras relações jurídicas com caracteres próprios e autônomos. Esta transformação do direito teve como conseqüência a autonomia de certos institutos jurídicos, outrora confundidos entre os preceitos do direito privado, redundando na formulação de novas regras de conduta, originando-se assim, novos ramos do direito, que vieram a ser o direito comercial, o direito do tra-

balho, o direito administrativo, e, como querem alguns autores, em nossos dias, o direito de família, autônomo.

O aparecimento destas explicações das regras gerais do direito no seu aspecto privado e público, ensejou que alguns juristas, conservando a terminologia tradicional e mantendo os mesmos tipos das relações jurídicas, procurassem enquadrar nelas estes aspectos novos do direito, enquanto outros, pelo contrário, pretenderam elaborar tipos novos de relações jurídicas, para explicá-los. Assim, procuravam estudar a nova configuração da velha relação jurídica, ora segundo o prisma dos princípios do direito privado, ora dos de direito público, ora como de direito intermédio e ora como sendo de natureza *sui-generis*.

Esta atitude intransigente de certos estudiosos do direito, foi a causa do tormentoso debate em torno da natureza jurídica da relação em aprêço, como também, da natureza de outros institutos do direito moderno.

II

Em síntese, podemos afirmar que a doutrina no conceituar a natureza jurídica em estudo, se acha subdividida na corrente publicística e na de direito privado.

E' ponto pacífico para os autores, a existência de uma relação jurídica entre o funcionário e o

(*) Bullrich, R. — "Principios generales de Derecho Administrativo" — Buenos Ayres, 1942, pág. 278-290.

Bielsa — "Derecho Administrativo", vol. II — Buenos Ayres, 1938, págs. 30-44.

Cavalcânti, T.B. — "Instituição de Direito Administrativo Moderno", pág. 525-541.

Djacir Menezes — "Direito Administrativo Moderno", págs. 525-541.

Meuci — "Instituzione di diritto amministrativo", pág. 178.

Vasconcelos, J.M. — "Direito Administrativo" vol. II, pág. 485.

Estado, porém a determinação da sua natureza, ou seja, se constitui um ato unilateral ou bilateral, se de direito público ou privado, e ainda a sua tipicidade, é o problema que os leva a divergirem.

Apesar da maioria dos juristas admitir a existência do vínculo jurídico, autores há que a negam, formando a tendência doutrinária cognominada *negativista*. Achem êles que a relação em aprêço é de natureza *moral* ou *política*, havendo, em consequência, um dever moral do cidadão em participar na administração pública. Ora, sabemos que a obrigação moral é um *dever de consciência*, cuja fonte é uma regra ética, à qual falta a coercibilidade da norma jurídica, ficando a sua observância condicionada à consciência humana.

Outros autores procuram vêr, não no dever de consciência, mas no poder de império do Estado, a origem desta relação, admitindo que o Estado tem o direito de obrigar o cidadão a aceitar o desempenho da função pública. Segundo esta teoria, também denominada de *coação legal*, existe o dever para o cidadão de prestar seus serviços ao Estado, e simultâneamente a faculdade da administração obrigar qualquer pessoa a cumprí-los. Foi justificada por Gerber e por Manzel, que consideram reverter em benefício da coletividade os trabalhos dos funcionários. Não satisfaz, porém porque, no estado atual da sociedade moderna, não pode existir esta coação, sendo facultado ao funcionário aceitar ou não o emprêgo público; além disso dada a grande procura de cargos públicos, esta tésese não encontra justificativa, só podendo ser acolhida pelos governos onde houver menor procura.

Entre as teorias do direito privado, concebem-na como sendo contrato, estabelecendo assim a bilateralidade da relação, divergindo, entretanto, ao determinar a sua tipicidade, pois enquanto certos autores acham que seja uma locação de serviços outros julgam-na uma gestão de negócios e ainda outros um mandato civil. Os partidários desta corrente doutrinária pretendem aplicar os princípios dos contratos de direito privado à disciplina da relação jurídica entre o empregado e a administração, em virtude de considerarem sua natureza como sendo de direito privado.

Passemos, agora, a examinar os diversos tipos de contrato de direito privado, entre os quais pretendem os autores situar a relação em aprêço.

Como se sabe, a doutrina moderna procura distinguir na locação de serviços a *locatum operarum* da *locatio operis*. A nosso ver, a relação entre o funcionário e a administração tem pontos de semelhança com a *locatum operarum*, ou seja, o *contrato de trabalho*, que consiste no vínculo jurídico, pelo qual uma das partes se obriga, para com a outra, a prestar um determinado trabalho, por um tempo certo, em troca de uma retribuição. O trabalho é, nesse caso, tomado na sua concepção moderna e não na romanista, como qualquer atividade humana, quer seja manual, técnica ou ainda intelectual. Temos para nós que esta opinião não pode ser acolhida por faltar na relação, objeto de nossos estudos, a determinação do serviço, podendo o funcionário executar durante o tempo que estiver em função tarefas diferentes. Por outro lado, a administração poderá modificar unilateralmente as condições do mesmo, faltando, pois, ao indivíduo a liberdade de ação para executá-lo, uma vez que cabe ao Estado a fixação das regras de sua conduta. Finalmente não existe igualdade entre as partes, indispensável nas relações de direito privado.

O mandato civil consiste no poder conferido por uma parte (mandante) a outra (mandatário) com objetivo desta executar atos em nome e por conta daquele, produzindo efeitos na esfera patrimonial do mandante. O mandato é, muitas vezes *gratuito*, embora a compensação seja, às vezes, concedida por espírito de equidade, não sendo ela um elemento essencial, do negócio jurídico em aprêço. Em outro sentido, não é perpétuo, podendo ser revogado a qualquer momento, tendo ainda o mandante a liberdade de escolher livremente e arbitrariamente o mandatário.

Pelo exposto, a tendência que procura ver no funcionário um mandatário agindo por conta e em nome do Estado, não pode ser aceita: — a) dada a perpetuidade da função pública, não podendo as partes revogá-la arbitrariamente; b) pela sua onerosidade; c) não poder a administração, em regra geral, escolher arbitrariamente os funcionários, pois os cargos públicos são, geralmente, preenchidos por concursos; e por fim, d) a desigualdade entre as partes e a mutabilidade do serviço, motivos êstes que nos impossibilitam de equipará-la ao mandato civil.

Com menos razão, ainda, poderia ser aceita a corrente que a concebe como sendo uma gestão de negócios, pois, como sabemos, consiste êste ato jurídico na gerência por uma parte *voluntária* e *espontaneamente* nos negócios de outra pessoa, *sem o consentimento desta*. Por definição, constata-se que não pode ser classificada a relação em aprêço como uma gestão de negócios, por faltarem-lhe os elementos essenciais desta, que são espontaneidade, a voluntariedade e a ausência de consentimento do Estado, o que nos obrigaria a aceitar o princípio de que o funcionário desempenha suas funções sem o consentimento da administração.

Alguns respeitáveis autores não podendo incluir a relação objeto de nossos estudos, entre as relações do direito privado, nem tão pouco entre as de direito público, aceitam a natureza do vínculo que une o empregado ao Estado como sendo contratual, mas de *direito mixto*, isto é, de direito privado e público (Orlando, Cogliolo, entre outros). Esta opinião não soluciona o problema, e, em lugar de resolvê-lo, circunda-o sem atingir o seu âmago, criando, ainda, um tipo *sui-generis* de relação jurídica.

Na relação entre o funcionário e a administração dois interesses estão em conflito: o interesse particular do *funcionário*, em ser remunerado e ter estabilidade, e o *interesse estatal*, na execução do serviço público.

Para conceituar uma relação jurídica devemos partir dos elementos que a compõem, e, entre êles, procurar aquêle que seja essencial, isto é, o mais relevante para o fim social a que está endereçada a sanção legal e reguladora e que determinará a sua natureza, separando-o dos elementos mediatos, subsidiários.

Assim na presente relação, o que caracteriza é o *serviço público*, enquanto o particular é o instrumento ou meio indispensável do qual terá de servir-se o Estado, pessoa jurídica de direito público, na execução de suas funções, visto como êle é um ente ideal, isto é, uma pessoa exclusivamente para o direito, como centralização subjetiva de relações jurídicas, desprovido do elemento físico, não poderia por si só realizá-los. Consequentemente, a relação entre o funcionário e a administração é de *direito público*.

Filiam-se à solução referida em maioria os autores modernos, embora discordem ao determinar a sua tipicidade, pois enquanto uns pensam ser uma relação unilateral do Estado, outros manifestam-se a favor da natureza contratual, divergindo ainda ao caracterizar o tipo de contrato, no qual poderá ela ser incluída.

Os partidários da tendência unilateral, ou seja, os propugnadores da *teoria estatutária*, são de opinião que a administração determina unilateralmente os efeitos desta relação jurídica, por meio de estatutos ou outras normas jurídicas. Segundo esta concepção, que tem por defensores Jéze, Otto Mayer, Hauriou, e entre nós, Carlos Maximiliano, o vínculo que une o funcionário à administração provém de um estatuto prefixado unilateralmente pelo Estado, podendo êste modificá-lo quando os interesses públicos assim o exigirem.

E', em suma, uma relação disciplinada por leis especiais, regulamentos e estatutos, os quais fixam os meios de serem providos os cargos públicos, os vencimentos, os direitos e deveres de ambas as partes, podendo o Estado modificá-lo, como já o dissemos, quando o interesse público o exigir, não influenciando nestas transformações a vontade particular.

Como vimos, o funcionário não impõe condições ao serviço público; cabe ao Estado impô-las, por meio de normas, regulamentos, etc.

Para nós, esta tendência doutrinária põe em foco apenas um dos aspectos do fenômeno jurídico, sem dominá-lo em sua totalidade.

A corrente contratual de direito público, que teve grande aceitação na Itália e que foi defendida por Cammeo, Romano, Ranelletti, Barassi, e, na Alemanha, por Laband, Jellinek e Kammerer, é aquela que mais se aproxima da realidade jurídica da relação em estudo.

Embora em alguns ramos do direito, em razão dos interesse imediatos que tutelam, surjam certos tipos de relações jurídicas com elementos próprios, não convém generalizá-los para concluir que os referidos elementos são requisitos essenciais do conceito genérico de determinada relação, quando, na verdade, apenas o são para uma relação particular em um dado momento do direito. Partindo desta premissa, achamos que a igualdade entre as partes, requisito do contrato de direito privado, não o é para o direito público, não sendo,

pois, na teoria geral do direito, requisito *essencial* do contrato, mas sim elemento *natural*.

O conceito de contrato não pertence ao direito privado, mas tem um âmbito de aplicação mais geral. Partindo-se do conceito unitário do direito, não podemos compreender existirem tipos exclusivos de relações jurídicas em cada um dos aspectos com que se apresenta o direito, incomunicáveis entre si, mas, ao contrário, há relações jurídicas que pertencem à teoria geral do direito, ou melhor, ao direito como unidade. Entre estas relações acha-se o contrato, que de acôrdo com os interesses imediatos tutelados adquire características próprias, podendo ser incluído ora no direito privado, ora no direito público.

Barassi, estudando o contrato de trabalho, assim se pronunciou:

“Tutta l'evoluzione giuridica del secolo scorso dimostra la progressiva e costante trasformazione del potere statale da assoluto a disciplinato: nono ho qui che richiamae tutta l'evcluzione del diritto pubblico che ha condotto all'odierno “Stato di diritto”.

La difesa dell'individuo contro il potere, o meglio contro la possibilità di abuso di potere dello Stato è oggi giunta a un grado di maturità e di elaborazione che deve permettere l'adozione del contratto di diritto pubblico”.

.....

 “La natura dell'ato (si di diritto privato o di diritto publico) è determinata dallo scopo che lo Stato si propone di raggiungere e dalla veste che egli assume”. (1)

Certos autores negam ser a referida relação de natureza contratual, por faltar-lhe liberdade de consentimento, objeto determinado, e, ainda, porque as partes não podem, unilateralmente modificar os seus efeitos jurídicos. Ora, estas características não integram a natureza jurídica do contrato, como relação pertencente à teoria geral do direito, embora com todos os indícios de uma relação contratual de direito privado.

Existe, realmente, naquela relação liberdade de consentimento, sobretudo em Estados como o Bra-

(1) Barassi, L. — “Il contratto di lavoro nel diritto publico” — Revista di diritto civile, 1913, fls. 209 e 211.

sil, onde a procura de empregos públicos é enorme, não necessitando a administração obrigar a aceitação coativamente, a qual só poderia ter lugar onde a procura fôsse escassa.

A determinação do objeto não é, como pretendem alguns autores, requisito essencial dos contratos, sendo suficiente que êle seja *determinável*, o que poderá ocorrer na relação em causa.

O fato de poder a administração unilateralmente modificar as obrigações e direitos que nascem da convenção, é um corolário da natureza do direito público, que pressupõe superioridade, autonomia de um sujeito de direito, nas relações jurídicas em que o interesse público seja imediato.

A relação jurídica existente entre o funcionário e o Estado é, a nosso ver, do tipo contratual, embora de direito público. Quando dizemos, contrato de direito público, isto é, nos quais entram em relação uma pessoa dotada de *ius imperii* e uma pessoa privada, temos em mente, em regra, a desigualdade entre as partes, e poder soberano de uma, e um interesse geral que deve ser tutelado, devendo subordinar-se a êste o interesse privado.

Como a administração fixa, em geral, nos estatutos, o modo de ser efetuada a prestação, podendo modificá-los unilateralmente, quando os interesses do Estado assim o exigirem, importando, desta forma, as condições as quais submeter-se-ão os funcionários atuais e futuros, julgamos dever classificá-lo como um contrato normativo, de tipo de adesão.

O Estado, como pessoa jurídica de direito público, manifesta a sua vontade por meio das leis, regulamentos, estatutos, etc., os quais são como que uma oferta ao público, podendo modificá-los unilateralmente, quando o interesse público o exigir, *adquirindo* os funcionários sem que êles tenham o direito de apresentar condições.

Em conclusão, achamos que a relação jurídica existente entre o funcionário e o Estado é um contrato normativo de direito político, do tipo de adesão, oneroso, sinalagmático, o qual dá origem a uma situação jurídica, que só desaparecerá para o funcionário por fato *mortis-causa*.