

As autarquias administrativas e seus servidores

SEBASTIÃO DE SANT'ANA E SILVA

III

Estabelecido o conceito das autarquias administrativas como pessoas jurídicas de direito público, procuraremos definir a natureza do vínculo existente entre elas e aqueles que lhes prestam serviços remunerados. Será esse vínculo um contrato de locação de serviços ou de trabalho? Teremos no caso um contrato administrativo? Serão os servidores das entidades paraestatais funcionários públicos? A questão é controvertida e, em sua solução, vacilam, ainda hoje, as decisões da administração pública e a jurisprudência dos tribunais. É de se notar que as decisões administrativas parecem se inclinar ultimamente pela negativa da qualidade de funcionário público dos empregados das autarquias, ao passo que os tribunais se orientam no sentido de lhes reconhecer essa condição sendo que, com referência aos empregados das Caixas Econômicas, é quasi que uniforme o ponto de vista do Supremo Tribunal Federal em tal sentido. Examinaremos as diversas soluções antes de nos decidirmos por qualquer delas.

Será o contrato de locação de serviços, disciplinado pelo Código Civil, o vínculo jurídico entre as autarquias administrativas e seus servidores? Os que consideram tais entidades como meras pessoas jurídicas de direito privado (fundações, associações ou estabelecimentos de utilidade pública), recusando-lhes a personalidade jurídica de direito público são, *ipso facto*, obrigados a classificar como locação de serviços a relação existente entre elas e seus servidores. Durante o funcionamento da Câmara dos Deputados, sua Comissão de Constituição e Justiça (*Diário do Poder Le-*

gislativo, de 27-12-1935, pág. 9.889), posteriormente o deputado Monte Arrais como membro da comissão de estudos da organização das Caixas Econômicas, em parecer de 7-8-935 (*Diário do Poder Legislativo*, de 30-9-1936, págs. 18.126 a 18.128) e, ainda, o deputado Rego Barros, em parecer de 19-12-1936, como membro da Comissão de Constituição e Justiça (*Diário do Poder Legislativo*, de 19-12-1936, págs. 23.637 e 23.638), opinaram pela conceituação de uma autarquia administrativa, qual a Caixa Econômica Federal, como pessoa jurídica de direito privado, cujos empregados lhe são vinculados pelo contrato civil da locação de serviços. Não prevaleceu, porém, no extinto Parlamento, o referido ponto de vista, esposado por número restrito de seus membros, e essa doutrina não tem merecido acolhida nos julgados dos tribunais do país, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Como pensamos haver demonstrado a personalidade de direito público das autarquias administrativas, deixamos de nos estender mais longamente sobre a impossibilidade de ser a "*locatio conductio operarium*" o laço que as prende aos seus empregados.

Ha, porém, uma tendência em se conceituar como "contrato de trabalho", o vínculo jurídico entre as autarquias e seus servidores. O brilhante desenvolvimento que vem tendo neste século o denominado direito operário e a tendência, que nos tratadistas dêsse direito se tem manifestado, no sentido de se fazer incluir em sua disciplina todas as formas do trabalho assalariado, levaram a se procurar subordinar a seus preceitos a relação entre os entes paraestatais e as pessoas

que lhes prestam serviços remunerados. Aliás, às normas do direito operário, tem-se igualmente procurado subordinar a relação jurídica entre o funcionário público e o Estado, principalmente quando se trata de funcionário de serviço industrial ou comercial (estradas de ferro, correios e telégrafos, emprêsas de navegação, etc.). Assim opinam ilustres tratadistas tais como: Capitant et Cuhe (*Législation Industrielle*), Paul Pic (*Traité de législation industrielle*), Bry et Perrau (*Les lois du travail industriel*) e outros mais. Albert Thomas, em parecer proferido como diretor do "Bureau International du Travail", assim se manifestou com referência aos empregados das emprêsas industriais do Estado, no que concerne à aplicabilidade aos mesmos da legislação trabalhista:

"Aucune distinction n'est faite entre les personnes employées dans ces entreprises (*estabelecimentos industriais do Estado*) d'après la nature juridique des règles qui sont à la base de leurs conditions de service. La convention (*convenção de Washington sobre a duração do trabalho nas emprêsas industriais*) est ainsi applicable à ces personnes même si d'après le droit public de certains États elles ont la qualité de fonctionnaires. La seule exception prévue a cet égard a trait aux personnes qui occupent un poste de confiance".

(*Bulletin Officiel du Bureau International du Travail*, de 15-6-934, pg. 121).

Diga-se de início que, apesar da tendência em se fazer conceituar como ramo do direito público o denominado direito operário, as relações por êle reguladas são inquestionavelmente de natureza privada ou contratual, embora fiscalizadas pelo Estado e colocadas sob o seu controle, e o contrato de trabalho filia-se indiscutivelmente à locação de serviços do direito civil. Mesmo os autores, que, como Guido Bortolotto e Alejandro Gallart Folch, procurando distinguir o contrato de trabalho da simples locação de serviços, o classificam como contrato de natureza "sui generis", não lhe tiram a feição de instituto de direito privado. Em tese apresentada em 1936 perante o Congresso Nacional de Direito Judiciário, sobre a Justiça do Trabalho, assim se manifestou o Dr. Guilherme Gomes de Matos, ao analisar o contrato de trabalho:

"Muito embora aquele (o contrato de trabalho) se revista, hoje em dia, de uma caracterização própria, mas que não faz perder a sua feição de contrato bilateral, consensual e oneroso, para o qual se exi-

gem os mesmos requisitos de capacidade e de objeto lícito, dele não se pode apartar a noção de responsabilidade contratual subjetiva. Assim, todas as disposições legais referentes às relações individuais do trabalho, o título III — dos agentes do comércio, o título IV — do mandado mercantil, do nosso Código Comercial, e, por seu turno, o Capítulo IV do nosso Código Civil, na parte referente à lotação de serviços, constituem normas de legislação social e, como tal, passarão à competência única e privativa dos tribunais e comissões paritários instituídos pelo artigo 122 da Constituição Federal". (*Jornal do Comércio*, de 12 de agosto de 1936).

No mesmo sentido é a opinião de Oliveira Viana:

"Subscrevo "in totum" a opinião do eminente professor Valdemar Ferreira quando acha que na legislação social brasileira não está unicamente contida uma legislação social propriamente dita; mas, também em outros diplomas legislativos, de direito civil ou comercial, que contém preceitos de proteção ao trabalhador". (Oliveira Viana, *Notas à margem do parecer do professor Valdemar Ferreira sobre a Justiça do Trabalho*, transcritas no *Diário do Poder Legislativo*, de 21-7-1937, pág. 35.198).

Em recente volume, o professor A. F. Cesarino Júnior, da Faculdade de Direito de São Paulo, depois de estudar as doutrinas que dão um caráter estatutário à relação individual do trabalho, define tal relação como:

"um contrato de direito privado, consensual, sinalagmático, perfeito, oneroso, comutativo, sucessivo e do tipo dos contratos de adesão". (*Direito Social Brasileiro*, pg. 395).

Ainda mais, quer se confunda com a locação de serviços, quer se trate de contrato "sui generis", o contrato de trabalho implica sempre um encontro de vontades e subentende fins divergentes e opostos que se harmonizam para a obtenção de determinados resultados. As partes que intervêm no contrato podem — e isso é essencial — moldar a seu talante a situação jurídica subjetiva que pretendem obter. Por isso, com inteira razão, pode ensinar o especialista patricio:

"O contrato de trabalho, celebrado entre pessoas de direito privado, tem como característica a contratualidade e pressupõe, por isso, um debate pre-contratual e conseqüentemente uma equivalência jurídica das pessoas que o celebram". (Dorval M. de Lacerda, *O contrato individual de trabalho*, págs. ns. 31 e 32).

Muito de indústria nos entendemos sobre a apreciação do direito operário ou direito social, para mostrar sua filiação ao direito privado. Subordinar, portanto, a êsse direito, a relação entre o funcionário e o Estado e entre as autarquias administrativas e seus servidores, é subordinar a normas de direito privado tais relações. Ora, já mostrámos no início deste trabalho a falsidade da tese da bi-partição dos atos do Estado em atos de império e de gestão, compreendidos êstes últimos como aqueles exercidos pelo Estado na esfera particular, equiparado então aos indivíduos e sem as galas e prerrogativas do Poder Público. Dissemos então que, agindo em qualquer circunstância, o Estado aplica leis e regulamentos e jamais se nivela aos indivíduos, mesmo quando com êles contrata. Ora, as autarquias administrativas, embora representem órgãos da ação indireta do Estado, são sempre frações dele, dotadas de parcela menor ou maior de "*jus imperii*" e exercem sempre serviço público. Jamais, portanto, se equipararão às pessoas naturais ou jurídicas de direito privado quando com elas entrarem em relações de qualquer natureza. Agindo em qualquer momento, reger-se-ão os entes paraestatais pela lei de sua criação e pelas normas por si próprio editadas no exercício de funções delegadas pelo Estado. Como pessoas jurídicas de direito público, têm as autarquias franca e irrecusável supremacia em suas relações com os particulares, e, ao admiti-los para o seu serviço, não discutem com os mesmos, condições de um pretensão contrato de trabalho ou de locação de serviços.

Houve, a princípio, em nossa legislação positiva, acentuada tendência para se subordinar aos preceitos da legislação trabalhista os funcionários das empresas industriais do Estado e os servidores dos entes paraestatais. A lei de sindicalização (Decreto n. 24.694, de 12-7-934) em seu artigo 4.º estabeleceu que :

"Não entram na categoria de funcionários públicos os empregados manuais, intelectuais e técnicos de empresas agrícolas, industriais e de transportes, a cargo da União, dos Estados e dos Municípios".

Êsse princípio já fôra, aliás, esposado pela Lei n. 4.682, de 1923, pela Lei n. 5.109, de 1926, e pelo Decreto n. 20.465, de 1931, que dispunham que os empregados dos serviços industriais do Estado deviam se reger pela legislação que, neste ponto, protege os trabalhadores de quaisquer empresas industriais congêneres e não pelo

estatuto dos funcionários públicos. Também a denominada Lei de férias (Decreto n. 23.768, de 18 de janeiro de 1934) dispôs em seu artigo 1.º:

"Fica assegurado aos empregados em estabelecimentos de quaisquer natureza, modalidade ou ramo de atividade industrial, empresas jornalísticas, de comunicações e transportes terrestres e aéreos, de serviços públicos, *quer sejam executados pela União, Estados ou Municípios*, quer por empresas concessionárias de tais serviços, o direito ao gozo de férias, anualmente, sem prejuízo dos respectivos ordenados ou salários normais".

Ora, a equiparação ao contrato de trabalho, da relação de emprêgo entre o funcionário e o Estado e entre as entidades paraestatais e seus servidores, levaria forçadamente às seguintes consequências :

- a) plena subordinação da referida relação à legislação especial do trabalho (leis de férias, acidentes do trabalho, estabilidade, horário de trabalho, etc.) e aos preceitos do Código Civil e Código Comercial reguladores da locação de serviços ;
- b) reconhecimento do direito, aos funcionários públicos e aos empregados das autarquias administrativas, de se sindicalizarem para pleno desfrute da legislação trabalhista ;
- c) a sujeição de qualquer litígio entre o funcionário público e o Estado ou entre as autarquias administrativas e seus servidores à conciliação e julgamento pelos órgãos da Justiça do Trabalho, a quem caberia entre outras atribuições, conhecer dos inquéritos administrativos instaurados para demissão ou dispensa dos referidos funcionários e servidores.

Tais consequências não se fizeram esperar. Surgiram os sindicatos de funcionários de empresas industriais do Estado, funcionários públicos e servidores de autarquias administrativas foram pleitear contra o Estado perante tribunais trabalhistas, que se julgaram competentes para solução dos casos, e até greves surgiram entre servidores do Estado. A situação era intolerável e, além de representar uma verdadeira "*capitis diminutio*" em prejuízo do Estado, acabaria comprometendo seriamente a eficiência dos serviços públicos. Surgiram então medidas legislativas acauteladoras do interesse público. A Lei de Segurança (Lei nú-

mero 38, de 4 de abril de 1935), em seu artigo 8.º, passou a considerar crime, punido com a pena de demissão, a cessação coletiva do trabalho por parte de funcionários públicos, sendo de se notar que o referido dispositivo deve ser aplicado aos servidores das autarquias administrativas, já que conforme jurisprudência mansa e pacífica, a expressão "funcionário público", quando usada na lei penal, tem ampla significação, abrangendo todos quanto executam serviços públicos. Foi proibida a sindicalização dos servidores do Estado e das instituições paraestatais (artigo 53 do decreto-lei n. 1.402, de 5-7-939, e artigo 220, parágrafo único, do Estatuto dos Funcionários Públicos). Finalmente, a Justiça comum em ocasião alguma abdicou de sua competência para conhecer dos pleitos judiciais entre funcionários públicos e o Estado e entre entidades paraestatais e seus empregados. Ainda não ha muito tempo, o Departamento Administrativo do Serviço Público, que é hoje inquestionavelmente o órgão mais autorizado para opinar em questões administrativas, apresentou ao Presidente da República a exposição de motivos n. 906, de 2-6-939, aprovada pelo Chefe do Governo e na qual afirmou :

"Os serviços públicos que o Estado diretamente administra não podem estar, pois, sujeitos à legislação trabalhista, uma vez que ela representa a interferência conciliadora do Estado nas relações entre patrões e empregados, e à fiscalização que lhe cumpre realizar da aplicação das leis de amparo às classes trabalhadoras". (*Diário Oficial*, de 6-6-939).

E' de se lamentar, porém, que o Departamento tenha usado da expressão "serviços públicos diretamente administrados pelo Estado", o que poderá induzir a uma errônea interpretação do ponto de vista, ou seja de que as autarquias administrativas, por exercerem um serviço público *indiretamente* administrado pelo Estado, estão sujeitas à legislação trabalhista, no tocante ao regime jurídico de seus servidores.

Creemos todavia já termos demonstrado suficientemente não ser possível, de acôrdo com a legislação em vigor e com a doutrina dos melhores tratadistas, conceituar como "contrato de trabalho" a relação entre os servidores das autarquias administrativas e tais entidades, como impossível é igualmente conceituar-se como tal a relação de emprêgo entre o funcionário público e o Estado.

Será então um contrato de direito público o vínculo jurídico existente entre as autarquias administrativas e seus servidores? A existência de

contratos administrativos é tese hoje aceita pela quasi unanimidade dos tratadistas. Duguit ensina, com inteira procedência, que o contrato não é um instituto peculiar a determinado ramo do direito, porém é uma categoria jurídica e sempre se o pode identificar quando seus elementos constitutivos se encontram reunidos.

"Il n'y a pas de différence quant au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif. Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait" (Leôn Duguit, *Droit Constitutionnel*, III, 2.ª edição, pg. 41).

O apêgo ao direito romano — que só conhecia tipos rígidos e fixos de contrato, abrangidos no instituto genérico da convenção, e que não chegou à abstração do contrato como categoria jurídica — tem levado ilustres civilistas e mesmo tratadistas do direito público à afirmação de ser essa figura peculiar ao direito privado. Foi talvez Savigny o primeiro que, submetendo o contrato a uma análise lógica e rigorosa, definiu-o como "um concurso de pessoas, em uma concorde declaração de vontades, pela qual ficam determinadas as suas relações jurídicas" e afirmou a possibilidade de sua existência no direito público, inclusive no direito internacional, tanto quanto no direito privado. Assim, pode-se afirmar hoje sem receio de contestação :

"A idéia do contrato não varia no direito público. E' somente pelas diferenças dos efeitos jurídicos, que as partes têm em mira, que o contrato de direito público se distingue do de direito privado. Um acôrdo de vontades entre a administração e os administradores, ou entre as próprias entidades administrativas, afim de obter um efeito jurídico de direito público, é um contrato de direito público". (Yorozu Oda, *Le droit administratif du Japon*, pg. 84).

O conceito do contrato pertence hoje à teoria geral do direito e, desfeita a argumentação dos que negavam a possibilidade de contratos administrativos pela desigualdade entre os participantes, admitem-se relações de ordem contratual, não somente entre pessoas jurídicas de direito privado, como entre os Estados e os particulares. Jêze, em seu excelente tratado sôbre os contratos administrativos firmados pelo Estado, pelos departamentos, comunas e estabelecimentos públicos, estabelece os seguintes elementos identificadores desses contratos :

"il y a contrat administratif proprement dit, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1.º Il faut un accord de volontés entre l'administration et un particulier ;
- 2.º l'accord de volontés a pour objet la création d'une obligation juridique de prestation de choses matérielles ou de services personnels moyennant une rémunération (en argent ou autrement) ;
- 3.º la prestation à fournir par l'individu est destinée à assurer le fonctionnement d'un service public ;
- 4.º les parties, par une clause expresse, par le genre de coopération demandée au contractant, ou par toute autre manifestation de volonté, ont entendu se soumettre au régime spécial du droit public". (Gaston Jèze, *Les contrats administratifs*, 1.º volume, pgs. 16 e 17).

As autarquias administrativas, em sua qualidade de pessoas jurídicas de direito público e de serviços públicos autônomos e descentralizados, podem realizar contratos administrativos.

A condição essencial da finalidade pública visada pelo contrato administrativo, assinalada por Duguit, e os requisitos enumerados por Jèze, entre os quais se destaca a destinação da prestação contratual ao funcionamento de um serviço público, encontram-se nos contratos firmados pelas autarquias administrativas.

Alguns escritores costumam classificar como contrato administrativo a relação jurídica entre o funcionário público e o Estado. Essa opinião, entre nós defendida por Manoel Inácio Carvalho de Mendonça, Melo Rocha e Mário Mazagão, entre outros, bem poucos adeptos encontra nos dias de hoje, pois como o assinalou mui justamente o Presidente do D.A.S.P., ao encaminhar ao Sr. Presidente da República o projeto de estatuto dos funcionários públicos civis :

"A tese contratual, tão do agrado dos velhos escritores, já não mais se justifica nem perante a doutrina, nem diante das necessidades do regime de

trabalho, que exigem maior flexibilidade nas normas que regulam a vida do funcionário" (*Estatuto dos Funcionários, Estudos e Projetos*, pág. 251).

A impossibilidade de discussão prévia das condições do emprêgo, fixadas em lei e não em cláusulas estabelecidas para cada caso individual, impedem a existência do *acôrdo de vontades* entre os pretensos contratantes, condição essa indispensável para a existência de um contrato administrativo. Por essa mesma razão, não se pode divisar uma figura contratual de direito público no laço que prende às autarquias administrativas os seus servidores. No ato de admissão ou nomeação do empregado de um ente autárquico não se cria nenhuma situação jurídica individual, o que aconteceria no caso de se ter em jôgo uma relação contratual. A condição jurídica do servidor da autarquia é fixada em sua lei instituidora, em seu regulamento ou regimento e é extensiva à generalidade dos empregados. A situação dos mesmos, como aliás, a dos funcionários dos serviços públicos diretamente administrados pelo Estado, é legal ou regulamentar e nunca contratual. Como serviços públicos descentralizados e parcelas do Estado, aplicam os entes paraestatais disposições legais e regulamentares nas relações com os seus servidores, com os quais não firmam contratos e estipulações criadoras de situações jurídicas subjetivas. Com referência à situação jurídica dos empregados das autarquias administrativas, podemos repetir a lição do jurista italiano ao se referir à relação de emprêgo público :

"Il rapporto di pubblico impiego è unilaterale, perché tali discussioni e pattuizioni non sono possibili, dato che il prestatore d'opera deve limitarsi ad accettare o meno le condizioni, che sono fissate dallo Stato o dall'ente pubblico nei bandi di concorso o condizioni di assunzione". (*Diritto del Lavoro*, pg. 7 — Guido Bortolotto).

(*Continua*)

OS CONCEITOS EMITIDOS EM TRABALHOS ASSINADOS SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DE SEUS AUTORES. A PUBLICAÇÃO DE TAIS TRABALHOS NESTA REVISTA É FEITA UNICAMENTE COM O OBJETIVO DE FACILITAR O CONHECIMENTO DE ASSUNTOS RELACIONADOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.