

A função pública e o seu regime jurídico

THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Procurador da República no Distrito Federal

V

Puncionário público — Noção — Diversas teorias — Kammerer — Bonnard — Jêze — Berthelémy — Laband — Stainof — Viveiros de Castro — Quadro — Carreira — Noções — Diversas categorias de funcionários — Os extranumerários — O pessoal para obras — Contratados — Mensalistas — Diaristas — Tarefeiros — Cargos eletivos; situação dos seus titulares — O Presidente da República — Natureza da relação entre o funcionário e o Estado — Diversas teorias — Do contrato — Da relação unilateral — Do estatuto, etc.

Feitas as considerações preliminares dos capítulos anteriores, passemos a definir, ou melhor, a dar a noção do funcionário público perante o novo regime jurídico.

As definições se dividem naturalmente de acôrdo com a tendência geral de cada autor e a legislação peculiar a cada país.

Por isso mesmo convem lembrar os conceitos de STAINOF (1):

"Il n'y a donc pas une définition unique du fonctionnaire; sa situation et son statut ne sont pas partout les mêmes. Bien au contraire, le statut du fonctionnaire est toujours lié à un Etat déterminé et ne peut pas être envisagé en dehors de cet Etat, de son histoire, de sa législation actuelle et de la jurisprudence de ses cours et tribunaux. La situation juridique et sociale du fonctionnai-

re diffère beaucoup d'un pays à l'autre et le droit relatif du fonctionnaire — le "Beamsteurecht" des Allemands — est une chose purement nationale: il ne pourrait pas exister un "Beamsteurecht" général ou international"

Dentro desse critério relativo, portanto, é que devemos desenvolver o capítulo, apreciando o conceito do funcionário dado pelos diversos tratadistas da matéria de acôrdo com o regime jurídico peculiar a cada país.

As disposições legais, porém, nem sempre são claras, raramente permitem delas tirar um critério jurídico seguro, abstraindo conceitos doutrinários. Outras vezes, a própria legislação é contraditória.

Vemos por aí que nada é mais difícil do que definir o que seja funcionário público. De um modo geral, pressupõe o exercício de uma função pública. Mas o aposentado, aquele que se acha em disponibilidade, não exerce efetivamente a função e não perde por isso a sua qualidade. Por outro lado, ha pessoas que exercem função pública e não são funcionários: o jurado, o advogado, etc.

Como diz KAMMERER (2):

"Tout fonctionnaire effectue un service public, mais tout service public n'est pas effectué par un fonctionnaire. Par suite, le fait de rendre un service public ne confère pas toujours la qualité de fonctionnaire".

(1) Le fonctionnaire — pg. 6.

(2) La Fonction Publique en Allemagne, pg. 46; Laband, Droit Public de l'empire allemand, página 102.

A confusão vem da palavra *funcionário*, que faz presumir o exercício da função (3).

E' preciso, porém, saber o que se entende por função, que tem significação muito genérica.

Segundo JÈZE (4):

"Les caractères essentiels auxquels ont reconnaît l'agent au service public proprement dit, les fonctionnaires proprement dits, sont au nombre de deux:

1.^o) *collaboration à un service public véritable; s'il n'y a pas service public, il n'y a pas fonction publique;*

2.^o) *caractère permanent, normal, ordinaire de l'emploi conféré à l'individu. Ce qui doit être permanent, c'est l'emploi et non l'agent.*

Ordinairement l'agent affecté à un emploi permanent est lui-même permanent; mais ce n'est pas indispensable. Par exemple, le juré criminel ou d'expropriation, le militaire réserviste, l'individu non agréé chargé, dans une Faculté de Droit, pour un an, d'un cours permanent, sont des agents publics proprement dits, car l'emploi qu'ils occupent de manière non permanente est pourtant un emploi permanent et qu'ils remplissent normalement. Ce sont des fonctionnaires". (5)

Achamos mais consentânea com a nossa técnica legal a distinção entre "serviço" e "cargo" público.

O advogado, como diz o Regulamento da Ordem dos Advogados, exerce um serviço públi-

(3) O mesmo acontece na França — *Fonctionnaire, Fonction* — na Alemanha — *Beamte, Amt*.

(4) *Les contrats administratifs*, vol. I, pg. 184.

(5) Dentro desse critério da estabilidade vemos a nossa legislação, notadamente o Dec. n.º 18.088, de 27 de janeiro de 1928, que declarava no § único do seu art. 1.º:

"Serão para todos os efeitos considerados funcionários públicos federais, além dos já nomeados em virtude de leis e de regulamentos anteriores, todos aqueles que exercerem funções permanentes de cargos federais criados por lei e fôrem nomeados nos termos dos regulamentos expedidos de acôrdo com o disposto neste artigo." (§ único do art. 8.º da lei 5426, de 7 de janeiro de 1928.) O art. 7.º do mesmo decreto declara "são cargos públicos federais os criados nos termos do art. 34, n.º 24, e art. 56, e providos de conformidade com o art. 48, ns. 5, 11, 12 e 13, e arts. 18, § único, e 589, § 1.º, da Constituição de 1891".

co federal; o mesmo, o jurado, o tutor. São outras vezes encargos impostos pelo Estado, obrigatoriamente ou facultativamente. Enquanto que o cargo público, sinônimo de emprego, tem significação mais restrita, pressupõe um laço, uma subordinação hierárquica na esfera administrativa, que bem caracteriza a função.

Ha, portanto, uma larga categoria de pessoas que, embora exercendo um encargo ou serviço público, não são, só por isso, *funcionários*.

A função honorífica, por exemplo, que tem as suas raízes no direito anglo-saxônico, na formação do *self-government* local, abrange uma larga categoria de pessoas que exercem *munus publicus*, ou por imposição do Estado ou facultativamente, como contribuição para os seus serviços, ou em virtude de eleição. (6)

Os empreiteiros de serviços do Estado, todos quantos com êle contratam ou para êle contribuem com os seus serviços não são funcionários, embora exerçam funções do Estado.

Segundo ROGER BONNARD (7) em obra recente:

"Sont fonctionnaires publics ceux qui sont attachés à un service public volontairement de leur part pour y tenir un emploi permanent prévu dans les cadres d'organisation du service et dont la profession principale est de remplir cet emploi, ordinairement, mais pas nécessairement, en y faisant carrière.

Ainsi rentrent dans la notion du fonctionnaire les idées suivantes: — l'acceptation volontaire de la fonction par le fonctionnaire, la permanence de son emploi, le fait que cet emploi est prévu par les dispositions générales qui fixent les cadres de l'organisation du service, l'exercice de la fonction à titre de profession principale et de carrière" (8).

Por sua vez BERTHELEMY já havia, sob um ponto de vista mais simplista, definido o funcionário público:

(6) Ver Gneist, *La Constit. Communale en Angleterre*, V, pg. 269; Goodnow, *Le Droit Administratif aux Etats-Unis*, pg. 256.

(7) *Précis de droit administratif*, 1935, pg. 363.

(8) Em nota, cita o referido autor farta jurisprudência neste sentido.

"Ceux qui ayant accepté une nomination de l'administration à un poste déterminé, collaborent d'une manière continue à la gestion de la chose publique" (9).

LABAND (10) sustenta também que nem toda a relação de serviço do Estado pode conferir a qualidade de funcionário e define o funcionário:

"Le service du fonctionnaire se distingue du service du sujet en ce que ce dernier doit l'exécuter sans s'y être engagé par une décision de sa volonté libre, et il se distingue du service de l'homme loué par l'État en ce que celui-ci est pour l'État un contractant de droits égaux aux siens. Le rapport de service, ainsi delimité par cette double position, constitue le criterium décisif et essentiel de la notion juridique de fonctionnaire."

Segundo ainda ROUVIÈRE (11), pelos princípios em vigor na França, considera-se funcionário todo o indivíduo que faz parte dos quadros da administração, colabora a título permanente para a execução de um serviço público (12).

Entre nós tem estado a questão à mercê das influências de momento, sem uma diretriz segura fundada na interpretação jurisprudencial ou na doutrina.

Funcionário público é aquele que exerce função pública, entendida em seu sentido mais restrito, de serviços a cargo diretamente do Estado e de natureza permanente.

Dai, dessa noção, é que partiu a idéia da constituição de um quadro estável de serviços permanentes, considerando-se funcionário público aquele compreendido em caráter efetivo num quadro.

Não temos o fetichismo das palavras, e, para nós, dentro do regime estatutário que preside a toda a vida jurídica dos funcionários, a questão

não tem importância porque, qualquer que seja a denominação dada, o que prevalece sempre é a norma legal, é o regime de garantias e deveres fixado pela lei para cada categoria de funcionário.

Veremos como isso torna-se claro quando tratarmos da natureza da relação jurídica entre o Estado e o funcionário.

Entre nós vinha se processando uma integração cada vez maior dos funcionários de todas as categorias em um só quadro, orientação que se veiu modificando pela legislação recente. Esta veiu, afinal, criar uma distinção bem nítida entre as diversas categorias de funcionários, constituindo quadros isolados obedecendo cada qual a um regime jurídico peculiar.

Como processo de organização nada impede essa orientação, mesmo sem ferir direitos e garantias assegurados a cada um, de acordo com a natureza do serviço; antes, estabelece com maior nitidez a distinção entre os diferentes estatutos jurídicos a que devem obedecer os funcionários, dentro do seu quadro.

Mas essa nova orientação de que falamos, dividindo os quadros e estabelecendo regimes jurídicos diferentes, importa na limitação do quadro efetivo, dentro da lotação das repartições federais.

A tendência anterior, como veremos, era no sentido de assegurar os mesmos direitos, garantias e vantagens aos funcionários hoje compreendidos na classe dos extranumerários.

Ha todavia, atualmente, uma grande preocupação de sistema e, portanto, de ordem, o que traz para o funcionário uma garantia muito grande.

Mas essa divisão de quadros não modifica os termos constitucionais (art. 156) que considera funcionários públicos quantos exerçam cargos públicos, qualquer que seja a forma de remuneração.

A Constituição, portanto, dá à expressão *funcionário público* um sentido genérico, compreendendo quantos exerçam cargos públicos, e manda incluí-los no quadro.

Mas isso não importa em reconhecer a todos os mesmos direitos e garantias, devendo cada qual sujeitar-se ao regime jurídico do quadro em que estiver incluído, salvo apenas as garantias constitucionais, quando outro regime não tiver aceito ao ser admitido no serviço público.

Não se poderia realmente equiparar essa massa flutuante e variável de pessoas, que contri-

(9) *Droit Administratif*, pg. 45.

(10) *Droit Public de l'empire allemand* — Vol. 2, pg. 108.

(11) *Les contrats administratifs* — pg. 74.

(12) Definição dada pelo comissário do Governo, Cahen Salvador, no Conselho de Estado, 3 de julho de 1935, de Mestral, Leb. pg. 639.

buen para a execução do serviço público, com a parte estável, dos funcionários que colaboram de forma *permanente* com o Estado.

Por isso é que STAINOF. (13) considera elemento jurídico essencial, para caracterizar o funcionário, a sua incorporação permanente nos quadros fixos de hierarquia administrativa. Pouco importa que essa incorporação seja transitória no tempo; o essencial é a integração nos quadros fixos e estáveis, mesmo quando o provimento se realizou por meio de eleição.

Essas considerações estão, aliás, de acordo com os princípios que vimos sustentando quanto à incorporação dos cargos eletivos ao quadro dos funcionários, embora sujeitos ao regime peculiar fixado pela Constituição.

Os favores a eles concedidos permitem chegar a essa conclusão (14).

Na aplicação da lei penal, por exemplo, existe uma grande vantagem em ampliar-se o conceito do funcionário público, para o efeito de sua responsabilidade funcional. E', aliás, a doutrina geralmente predominante (15). VIVEIROS DE CASTRO (16); depois de estudar o assunto, observa, a nosso ver, com muito acerto:

"Em minha opinião, tem o caráter de funcionário público, para os efeitos da lei penal, o cidadão que agiu no exercício de uma função pública, qualquer que seja a sua espécie e natureza".

Mas adverte:

"A expressão deve ser tomada em sentido largo e não restritivo. O fim da lei é evitar a venalidade da administração e da Justiça, a corrupção dos prepostos do Estado. Estão portanto compreendidos na expressão — funcionário público — todos aqueles em caráter público, quer em desempenho dos deveres do cargo, quer no cumprimento de uma missão de que foram encarregados".

E', aliás, este também o conceito de GARRAUD (17), contra o de VON LIZT (18).

Foi atendendo a essas considerações que a jurisprudência ampliou o conceito do funcionário público, notadamente para os da Caixa Econômica (19).

A noção de funcionário público estará, no entanto, incompleta si não fixarmos outras noções, especialmente as de "cargo", "carreira" e de "quadro", elementos essenciais para a noção geral da matéria.

Efetivamente, o dispositivo constitucional (artigo 156, parágrafo primeiro), declara que "o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma de pagamento".

Assim, a noção de funcionário está subordinada à de quadro, devem se ter como funcionários públicos quantos se achem compreendidos no seu quadro.

São essas noções que precisam ser realçadas.

Quadro pressupõe uma idéia de estabilidade, permanência, efetividade, constância.

Por isso mesmo, a legislação tem procurado criar quadros diversos, com denominações diferentes, sujeitas a regimes jurídicos vários. Aos componentes do quadro permanente denomina "funcionários", enquanto aos demais, compreendidos entre os "extranumerários", prefere chamar de "pessoal".

Somente, porém, os funcionários públicos, isto é, os que constituem o quadro efetivo, estável, gozam das garantias asseguradas pela Constituição; os demais estão sujeitos aos direitos e garantias previstos nas leis ordinárias.

E' preciso, no entanto, ponderar que não basta a mudança na denominação ou a menor ou maior elasticidade do quadro para modificar a situação jurídica de quem presta serviço ao Estado. Toda a transformação deve se processar, como, aliás, o tem sido entre nós, dentro de um critério doutrinário cuja mudança não pode ficar a critério absoluto do legislador.

(13) Op. cit., pg. 29.

(14) *Instituições de Direito Administrativo* — 2.^a ed. — II — pg. 587.

(15) Otto Mayer — *Droit Administratif Allemand*.

(16) *Jurisprudência criminal* — pg. 321.

(17) *Droit Pénal* — Vol. III — pg. 333.

(18) *Droit Pénal de l'Empire Allemand* — Vol. II — pg. 431. Ver também *Arquivo Judiciário* — vol. VI — pg. 304, e IV — pgs. 507 e 535.

(19) Ver *Revista do Serviço Público* — Vol II — N.^o 2 — Maio de 1938.

Carreira — A palavra *carreira* é tomada em diversos sentidos. Ora é o mesmo que profissão, ora pressupõe um acesso, uma hierarquia.

Uma coisa não pressupõe a outra, porque existem funcionários de carreira, no sentido profissional, e que, no entretanto, não conhecem nem a hierarquia nem o acesso. São funcionários vitalícios, de cargos isolados, ou que ingressaram, desde logo, nos postos finais da administração. Diríamos, quasi, postos finais da carreira, significando com isso uma hierarquia, um conjunto de classes, conquistadas por meio de acesso, mas em cujos graus superiores podem ser admitidas, de acôrdo com a lei, pessoas estranhas ao quadro.

PETROZZIELLO (20) encontra na "carreira" o concurso de dois elementos, o movimento ascensional, com modificações na competência, na responsabilidade, ao mesmo tempo que um aumento relativo nos vencimentos.

A carreira geralmente se desenvolve, acrescenta, subordinando-se a uma dupla ordem de limites: quantitativo e normativo. O quadro fixa a capacidade numérica cujo movimento obedece às normas fixadas pela lei.

Por isso mesmo pode-se considerar a *carreira* como um conjunto de classes ascendentes na categoria e no padrão de vencimentos.

Teríamos, então, o quadro constituído de um conjunto de carreiras, representadas verticalmente de acôrdo com uma escala ascendente, enquanto as classes seriam representadas por linhas horizontais.

Nada impede que o funcionário ingresse na profissão em uma classe já mais graduada da carreira; tudo depende das normas legais que presidem ao ingresso do funcionário no quadro.

Os léxicos dão à palavra ambos os sentidos, sinônimo de "profissão" ou "modo de atividade em que pode haver promoção ou acesso". (Silva Pinto — Dicionário etimológico).

Cabe, no entretanto, indagar si os cargos isolados podem ser considerados de carreira.

Rigorosamente não, porque a idéia de permanência, de estacionamento, de falta de acesso é incompatível com a de carreira, que pressupõe o movimento, promoção ou acesso.

Sob o ponto de vista dos direitos e garantias de estabilidade, a distinção pouco importa por-

que estes decorrem da lei que fixa o regime jurídico, o estatuto da função. A definição de *carreira* tem maior interesse formal, na organização da estrutura do quadro, dos elementos formais aproveitados na composição do quadro e na tecnologia especializada.

Desta forma seria lícito admitir a existência de carreira, pela identidade de profissão, pela diversidade dos padrões de vencimentos, embora sem acesso legal e subordinação hierárquica.

EXTRANUMERÁRIOS

Além dos funcionários dos quadros — que chamaremos estáveis — que compreendem especialmente o conjunto de carreiras e cargos isolados considerados fixos e, portanto, providos de forma semelhante aos de carreira, existem os extranumerários.

O decreto lei n. 240, de 4 de fevereiro de 1938, muito sabiamente, fugindo à antiga falta de sistema, preferiu fixar um regime jurídico determinado a cada uma das categorias de extranumerários. Foi assim que determinou que o pessoal extranumerário compreende:

- 1 — o contratado;
- 2 — o mensalista;
- 3 — o diarista;
- 4 — o tarefeiro.

Todos esses funcionários são nomeados ou reconduzidos a título precário, diz o decreto, e terão os seus salários fixados de acôrdo com as dotações orçamentárias em sua parte variável.

Constituem, assim, a parte oscilante, instável, variável do funcionalismo.

Verifica-se no decreto-lei acima mencionado a preocupação de evitar a palavra *funcionário*, preferindo usar da expressão "pessoal".

Pode-se atribuir a essa diferenciação de terminologia o intuito de evitar uma equiparação nas garantias, confundindo-se o pessoal do quadro fixo com o extranumerário.

Na verdade o receio não parece procedente, por isso que a natureza da função se caracteriza menos pela denominação que se lhe der do que pelo regime legal que regula o provimento e o exercício do cargo.

A nosso vêr eles são funcionários, com garantias limitadas, nomeados a título precário, den-

(20) *Il rapporto di pubblico impiego* — in *Primo Trattato de Orlando* — vol. II — parte 29 — pg. CCLXXIX.

tro de diferentes modalidades criadas pela própria lei.

Nos Estados Unidos, a distinção também é feita entre as duas categorias fundamentais de funcionários — do quadro e extranumerários.

Os primeiros estão compreendidos no "*classified service*" que, segundo a lei de 16 de janeiro de 1883, compreende:

"todos os funcionários e empregados no serviço civil dos Estados Unidos, já nomeados ou a serem nomeados em serviços existentes ou a serem criados, de qualquer função ou designação, de salário fixo ou não, exeto as pessoas empregadas como trabalhadores ou cuja nomeação dependa de aprovação pelo Senado".

O quadro do "*classified service*" se foi cada vez mais ampliando e, embora tivesse a lei de 27 de março de 1922, declarado expressamente que o concurso não era indispensável para a inclusão no "*classified service*", todavia, a percentagem dos cargos providos por meio de concurso tem subido muito (21) o que demonstra a indole, a tendência do "*classified service*", no sentido de uma seleção maior dos candidatos ao seu quadro.

A admissão, aliás, no *unclassified service* não dispensa certas provas de habilitação, de acordo com a natureza do cargo, tal como acontece também entre nós com relação a certos extranumerários.

De acordo ainda com a terminologia americana os funcionários estaveis, com vencimentos fixos, chamam-se *officers* enquanto que os demais, de caráter transitório, chamam-se *employees* (22).

Neste último caso são verdadeiros contratantes de serviços públicos. Caracteriza a sua função, não a natureza do serviço, mas a *forma*, o processo de nomeação e as condições que se impuseram (23).

Funcionários contratados

A questão dos funcionários contratados desafiou sempre, em nosso sistema administrativo, o espírito jurídico e a necessidade de ordem, que

é uma imposição da própria normalidade da vida administrativa.

Sem atender à expressão literal da palavra, confundiu-se sempre o contratado com a avalanche de funcionários irregularmente introduzidos no serviço público ou que não conseguiam colocação nos quadros normais da administração.

E este vício era devido, não somente a interesses políticos ou de filhotismo, mas também às disposições legais ou regulamentares sobre o assunto.

Entendia-se, por outro lado, muitas vezes, que o contratado era aquele que prestava serviços em caráter transitório.

Foi o sentido que lhe deu o decreto 10.088, de 27 de janeiro de 1928, que regulamentou a lei n. 5.426, de 7 de janeiro do mesmo ano, a qual, em seu artigo 7.º, declarava que "certos encargos do serviço público, como aqueles realizados pelos diaristas, mensalistas e serventes, poderiam ser realizados pela simples nomeação, pelo Ministro competente, de pessoas contratadas para esse fim" (24).

Mas, o mesmo dispositivo tornava bem claro que o provimento por esta forma só poderia ocorrer nos casos em que não houvesse cargo criado em lei.

Tinha, assim, a expressão "contratado" um sentido genérico abstraído da significação jurídica contida na relação contratual entre o funcionário e o Estado.

Permitia, no entretanto, em seu artigo 1.º, que se estabelecesse em relação aos mensalistas, diaristas e empregados subalternos nos serviços da União, um regime jurídico especial, diferente daquele assegurado pela Constituição aos funcionários do quadro.

Terminologia confusa, prejudicial ao Estado e ao funcionário, merecia uma reforma que melhor definisse as situações jurídicas decorrentes da diferenciação das funções e da natureza dos cargos.

O decreto 183, de 13 de janeiro de 1936, seguido pelos decretos 871 e 872, de 1 de junho do mesmo ano, procurou esclarecer a matéria.

(21) Segundo as estatísticas, a porcentagem dos funcionários admitidos no *classified service* subiu progressivamente de 105, em 1884, quando foi criado, a 808, em 1932.

(22) Pommeroy — *Constitutional Law*, § 533.

(23) Goodnow — *Le droit administratif des Etats Unis*. — pg. 250.

(24) Ver nossas "*Instituições de Direito Administrativo Brasileiro* — 2.ª edição — vol. II — pg. 646. Ver também a exposição de motivos do dec. 240, de 4 de fevereiro de 1938, apresentada ao Presidente da República, pelo Dr. Luiz Simões Lopes — *Revista do Serviço Público*, N. 3 — pg. 117.

O decreto 871, relativo ao regime jurídico dos contratados, foi expedido em consequência do disposto nos arts. 7.º e 13 do decreto 183, mas a verdade é que, tanto este último, como o de n. 872, só se referem às tabelas e remuneração dos contratados, enquanto que o de n. 871 procurou regular o modo de provimento e definir a sua situação jurídica.

Neste último decreto ainda se nota certa confusão pela inclusão dos operários, cuja situação esclarece, mas que impropriamente foram compreendidos no decreto.

E' bem verdade que, nos seus dispositivos (arts. 1.º e 24), pode se encontrar uma diferenciação entre contratados e operários que redundará afinal na melhor definição dos contratados, quer pela forma de provimento, pelo prazo de exercício e forma de remuneração (25).

O artigo 1.º do decreto 871, de 1 de junho de 1936, define os contratados, dividindo-os em três categorias:

1) os que executarem serviços necessários à administração pública, de natureza transitória, considerados como tais os de duração inferior a um ano.

2) os que desempenharem cargos técnicos que não possam ser incluídos no quadro do funcionalismo;

3) os que se incumbirem de serviços permanentes ou não, sem cargos criados em lei especial, que tenham sido regularmente admitidos por portaria do Ministro ou por diretores e chefes de serviço mediante autorização escrita do titular da respectiva pasta, em data anterior à da lei n. 183, de 13 de janeiro de 1936.

Esta última hipótese tem caráter transitório, virá regularizar situações, e se assenta no critério firmado pelo art. 7.º do dec. 10.088 de 1928, cuja definição nele se encontra reproduzida.

Veremos como a legislação posterior reduziu os contratados apenas aos funcionários considerados na hipótese n. 2 (26).

Efetivamente o decreto-lei n. 240, de 4 de

fevereiro de 1938, dividiu os extranumerários em 4 categorias, contratados, mensalistas, diaristas e tarefeiros, considerando entre os primeiros.

"art. 8º — o admitido, mediante a assinatura de um contrato bi-lateral, registrado no Tribunal de Contas, para o desempenho de função reconhecidamente especializada, e para a qual, a critério da Comissão de Eficiência, não haja nos quadros do funcionalismo, pessoa devidamente habilitada e disponível da respectiva lotação".

Esta definição formal, restringiu o conceito do contratado, reduzindo-o às funções técnicas especializadas.

O prazo e os estipêndios dependem do contrato, isto é, da vontade das partes (art. 14 do decreto) (27).

O mesmo decreto, em seus arts. 9.º e seguintes, prevê:

- 1) as condições gerais de admissão;
- 2) processo de admissão;
- 3) as formalidades para a admissão.

Mensalistas

Entre os contratados a que se referia o artigo 1.º do decreto 871, de 1 de junho de 1936, encontravam-se os que executavam "serviços necessários à administração pública, de natureza transitória, considerados como tais os de duração inferior a um ano (art. 12, parágrafo único, da Lei n. 183, de 13 de janeiro de 1936)".

Esses funcionários eram admitidos por contrato, já sob o regime do dec. 18.688, de 27 de janeiro de 1928, que, em sua enumeração (artigo 7.º) incluía expressamente os mensalistas.

Em sua significação literal, mensalista é aquele que tem ordenado mensal, e, portanto, não tem consignados, na verba que autoriza o pagamento de seus estipêndios, vencimentos anuais.

Por conseguinte, tem a sua garantia de estabilidade reduzida a um mês. E', pois, função de natureza transitória.

O decreto 240, de 1938, fixou novas normas também sobre os mensalistas. Segundo o mesmo decreto eles podem:

(25) Ver as nossas "*Instituições de Direito Administrativo* — 2.ª ed. — vol. II — pg. 646, onde mostramos que "o operário distingue-se do contratado não somente pela natureza braçal do serviço, mas ainda pelo seu caráter transitório e forma de pagamento."

(26) O mesmo decreto regularizou também a forma de provimento e impôs medidas que deixamos de reproduzir aqui, por terem sido revogadas pelo dec. 240.

(27) Ver adiante a natureza jurídica dos contratos de emprego público.

a) ser nomeados por portaria do Ministro de Estado;

b) o prazo de seu exercício ou, melhor, da portaria, não poderá exceder de um ano;

c) as tabelas de vencimentos devem consignar salário mensal.

Os mensalistas são admitidos para suprir temporariamente as deficiências dos quadros do funcionalismo.

E', portanto, uma categoria de funcionários, ou pessoal, como diz o decreto, instável, flutuante.

O decreto 240, em seus artigos 18 e seguintes, toma as necessárias precauções para que não seja deformado o sentido da lei, permitindo-se abusos e irregularidades.

As exigências formais, quer quanto ao número de vagas a serem preenchidas, quer quanto às condições a serem satisfeitas pelos candidatos, são outras tantas disposições que asseguram o cumprimento da lei e o seu controle pelas Comissões de Eficiência e Serviços do Pessoal de cada Ministério.

Apesar do caráter transitório do provimento, permite, no entretanto, a lei que seja prorrogado o prazo e reconduzido o mensalista por novo período, nas mesmas condições precárias.

Isto se realiza em casos especiais, depois de uma revisão dos quadros e do pessoal mensalista, pelas diversas seções, e finalmente pelo Departamento Administrativo, que submeterá o estudo à aprovação do Presidente da República.

Como se vê, o mensalista é nomeado por tempo indeterminado, visto como está sujeito a reconduções sucessivas, mas a sua posição é instável, precária, transitória. E isto lhe tira, salvo outras garantias que possam vir a ser criadas pela lei, como a possibilidade e facilidade de ingresso no quadro, qualquer direito à estabilidade. O mensalista, enquanto for considerado como tal, é precário e pode ser livremente dispensado.

Diaristas

A precariedade da função está na razão inversa da situação hierárquica do funcionário que nomeia. Assim, o mensalista é nomeado pelo Ministro, enquanto o diarista é admitido pelo diretor da repartição, para desempenho de funções auxiliares ou transitórias. E' o que dispõe o decreto n. 240, de 1938.

O diarista não deve ser admitido para serviços de escritório ou de profissões liberais; compete-lhe antes de tudo o serviço braçal.

E', aliás, o conceito de PORTO-CARRERO, em seu excelente livro de direito administrativo:

"Si o serviço é braçal ou mecânico, os agentes dele não são considerados funcionários nem empregados públicos: serão assalariados, jornaleiros, serventes diaristas, que podem ser dispensados pela mesma autoridade que os contratou e admitiu, como na vida privada se admite e despede um simples fâmulos".

Ha um pouco de rudeza nessas expressões, mas entende-se, por aí, a existência de uma categoria de pessoal que é admitida em caráter transitório, recebe por dia de serviço e cujo cargo não se haja previsto no quadro do funcionalismo.

O salário diário, isto é, por dia de serviço, é que justifica a denominação e define muito nitidamente a precariedade da função.

A luta em favor dos chamados *jornaleiros*, da mesma categoria dos diaristas, é antiga.

Na primeira Constituinte republicana, Alexandre Stockler, com o apoio de muitos, como Barbosa Lima (28), já havia agitado a questão, apresentando uma emenda mandando abolir distinção entre jornaleiros e funcionário público, incorporando-os ao quadro.

A campanha repetiu-se nas diversas legislaturas ordinárias. O art. 7.º do dec. 18.088, de 27 de janeiro de 1928, confunde essa categoria de pessoal com os contratados.

Caracteriza-os a precariedade da nomeação e a natureza do serviço.

Deve-se, no entretanto, reconhecer que a permanência por muito tempo no serviço e as consecutivas reconduções podem justificar a concessão de vantagens e direitos que o Estado assegura aos empregados particulares, salvo naturalmente o direito de livre dispensa enquanto o tempo não assegurar aquelas vantagens.

Tarefaíros

Na escala descendente da estabilidade, encontram-se os tarefaíros, admitidos para o desempenho de certas funções, mas que percebem salários na "base da produção por unidade".

(28) *Anais da Constituinte* — vol. III — pgs. 595, 605, 703 e 853.

E', aliás, o conceito geral do regime de tarefa; o que se leva em consideração é a *quantidade* de serviço produzido, sendo a remuneração paga de acordo com o preço unitário fixado.

O já mencionado decreto lei n. 240, de 1938, prevê as condições gerais de admissão e as formalidades impostas para a seleção do pessoal.

PESSOAL PARA OBRAS

A lei não os compreende entre os extranumerários. Podemos também denominá-los de operários — os americanos chamam "*laborers*" — trabalhadores. Foi a expressão usada pelo decreto 871, de 1 de junho de 1936, *in verbis*:

"Consideram-se operários os que fôrem admitidos para a execução de obras, serviços de campo e outros trabalhos rurais, de natureza transitória".

A admissão desse pessoal cabe ao chefe do serviço, pelo tempo necessário à execução da obra. Por isso mesmo, o decreto 240 declara que o pessoal para obras não tem direito a nenhuma vantagem ou regalia, além do respectivo salário, pago na base do dia de trabalho efetivamente realizado.

Pode-se dizer que, sob o ponto de vista jurídico, estabelece-se um verdadeiro contrato entre o Estado e o operário, contrato para execução de determinado serviço, e que termina automaticamente, uma vez este realizado.

CARGOS ELETIVOS

Presidente da República

Como vimos, o conceito do funcionário tem um sentido geral; vamos, agora, encarar o assunto sob o ponto de vista da responsabilidade administrativa.

Nesse capítulo, veremos que as pessoas que exercem função administrativa de caráter eletivo devem também ficar compreendidas nessa categoria.

A questão foi agitada por ocasião da aplicação do artigo 171 da Constituição de 1934, que atribuía responsabilidade solidária com as entidades de direito público por qualquer prejuízo decorrente de negligência, omissão ou abuso no exercício do cargo. Tratava-se, então, de examinar si o Presidente da República podia ficar com-

preendido entre os funcionários a que se referia aquele dispositivo (29).

CARLOS MAXIMILIANO (30) entendeu pela negativa, em um parecer proferido como Procurador Geral da República, citando-se, igualmente, uma sentença do Juiz RIBAS CARNEIRO (31).

(29) Reproduzido na Carta de 1937 em seu artigo 158.

(30) *Arquivo judiciário* — vol. 37 — pg. 67.

(31) *in Arquivo Judiciário*, vol. 36, pg. 224.

A Suprema Corte teve oportunidade de examinar o assunto em suas sessões de 13 e 23 de julho de 1934; foi voto vencedor o do Exmo. Snr. Ministro Plínio Casado, que não considerava o Presidente da República funcionário público para os efeitos do artigo 171 da Constituição, tendo sido votos vencidos os dos Snrs. Ministros Costa Manso, Laudo de Camargo e Hermenegildo de Barros; é de notar, porém, que aquela decisão foi proferida em turma, tendo deixado de tomar parte no julgamento diversos juizes.

Parece-me, porém, de toda a procedência, a argumentação apresentada pelo Snr. Ministro Laudo de Camargo, cuja primeira parte reproduzimos:

"Reza o art. 171 da Constituição Federal: "Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso do exercício dos seus cargos.

§ 1 — Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2.º — Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público".

São estes os preceitos que regulam a responsabilidade na administração.

Procura-se agora saber si a expressão "funcionário" abrange o Presidente da República, cuja citação foi pedida na ação *sub-judice*, como co-responsável pelo ato danoso atribuído ao poder público.

Tenho para mim que, no dispositivo citado, aquela expressão não foi empregada *stricto sensu*.

Segundo a tradição do nosso direito, não ha a irresponsabilidade da administração.

A responsabilidade sempre existiu entre nós, conquanto raramente perquerida e efetivada.

São palavras de Pimenta Bueno:

"a responsabilidade dos agentes do poder público constitue uma das condições e necessidades essenciais da ordem e da liberdade pública, uma das garantias indispensáveis dos governos constitucionais."

Quais porém os agentes que poderão ser responsáveis? — Sómente os que constarem do quadro do funcionalismo? Entendo que não.

Recordem-se desde logo os conceitos expendidos sobre a matéria e quando ainda da Constituição de 91, que já atribuía responsabilidade ao funcionário: "Deve-se notar que, sob a denominação de funcionários públicos, os jurisconsultos do Império compreendiam todos os que exer-

A outra corrente tem como funcionário público todo aquele que exerce cargo ou função pública, compreendendo todos quantos integram, permanente ou transitoriamente, a administração pública.

A Constituição não define o que se entende por funcionário público, mas apenas aqueles que constituem o *quadro* dos funcionários, o que compreende, apenas, um aspecto da questão.

Nenhuma indicação existe que justifique a exclusão do Presidente da República do numero dos funcionários.

O seu caráter eletivo não basta, porque é uma velha distinção dos funcionários, em *eletivos*

cem funções públicas, todos os Ministros e Secretários de Estado até o mais humilde funcionário. Só excluíam o Imperador, que era irresponsável.

"No conceito dos juristas da República, os que comentaram o nosso direito público interno e leis penais, essa responsabilidade alcança até o Presidente da República, e está muito bem, por ser isso mesmo que se coaduna com as nossas leis." (*Da Responsabilidade dos Estados*, de Pereira do Valle, n. 414).

Si ha, pois, responsabilidade do Presidente da República, coisa que se não pode negar, como na de todo o agente do poder, a exigência lhe é aplicável.

Chamado, como foi, ao pretório, mediante ação proposta, em conjunto com a União, não vejo como seja possível deixar de citá-lo, quando o preceito constitucional é imperativo a respeito, pois constitui direito próprio o defender-se, não pelo órgão defensor da União, sendo por mandatário que escolher.

E para propositura da ação, como para a defesa, não ha impecillo advindo do exercício do cargo.

Na lei não se encontra imunidade alguma.

Nem se diga que, em substitutivo, constavam as expressões "funcionário ou autoridade culpada", vindo afinal a desaparecer esta para só figurar do texto a primeira.

E' que a conservada, por si só e no sentido amplo em que foi empregada, tudo abrangia, para que dispensasse o acréscimo da outra.

Já a lei n.º 2.945 de 1915 dispunha sobre ação regressiva contra a autoridade que deu causa à condenação.

Referiu-se, portanto, a quaisquer autoridades desta ou daquela categoria, com estas ou aquelas funções, de modo a não deixar impunes as superiores e só punidas as inferiores.

Depois, veio a lei n.º 19.440 de 1930, estatuinto sobre a solidariedade na obrigação "por parte dos co-responsáveis", expressão que em absoluto autoriza qualquer distinção de cargos ou funções.

Finalmente, a Constituição, sem nada inovar, antes conservando, referiu-se a "funcionário", empregado o termo em sentido lato e a abranger "todos os que exercem cargo público", segundo os termos usados pelo art. 170 n.º 1.

e de nomeação (32). O sistema da eleição constituiu, mesmo, um processo de provimento dos cargos administrativos.

O argumento viria, além do mais, excluir, apenas, o Presidente da República, conservando os Ministros de Estado.

O que caracteriza o funcionário é a função, a natureza dos seus encargos. Evidentemente que, dentro de suas funções discricionárias ou políticas, o Presidente da República coloca-se em posição eminente da administração pública, mas, ao lado disso, exerce funções puramente administrativas.

Nos Estados Unidos, não ha dúvidas a este respeito. O art. 1.º secc. IV, da Constituição, declara:

"The President and Vice-President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on impeachment for, and conviction of, treason, bribery, and others high crimes and misdemeanors" (33).

Quer dizer que estão sujeitos ao *impeachment* o Presidente e Vice-Presidente da República, e todos os funcionários civis, o que bem exprime a compreensão do Presidente e Vice-Presidente entre os funcionários civis (34).

Ali, compreendem-se os funcionários civis em sua generalidade, incluídos os cargos da administração do Estado (35).

A Argentina tem lei sobre o assunto.

O Código Civil, ensina BIELSA (36), só fala da responsabilidade de "funcionários públicos", o que se deve entender também como um

(32) Bielsa, *Derecho administrativo*.

(33) A citação do direito americano não significa que ali se tenha o Presidente como responsável. O direito anglo-saxônico parte do princípio "*The King can do no wrong*", e a irresponsabilidade estende-se aos graus superiores da hierarquia administrativa. (Ver Goodnow, op. cit. pgs. 436 e segs.).

(34) Pommeroy, *Constitutional Law*, § 716. E' preciso notar que naquele país vigoram princípios sobre a responsabilidade civil dos funcionários, muito peculiares ao regime anglo-saxônico, onde a responsabilidade acumula-se sobre o funcionário trazendo a isenção e a imunidade do Estado.

(35) Ver sobre o assunto: Ruy Barbosa, op. cit., II, pgs. 155 e segs.

(36) Op. cit., II, pg. 18.

termo genérico, compreendendo todo aquele que prestar serviços à Administração Pública, de uma maneira permanente, em virtude de uma nomeação; em suma, todo empregado da Administração do Estado.

Por sua vez, o Código Penal argentino ainda é mais explícito. Diz, em seu livro 1.º, Título XII:

"Pelos termos "funcionário público" e "empregado público", usados neste Código, designa-se todo aquele que participa, accidental ou permanentemente, do exercício de funções públicas, seja por eleição popular, ou por nomeação de autoridade competente" (art. 77).

Na Alemanha, segundo informa F. FLEINER (37), o Tribunal do Império decidiu que devem ser tidos como funcionários, nos termos do artigo 131 da Constituição, para o efeito da responsabilidade civil, toda pessoa investida pelo Estado de uma autoridade pública, autoridade em virtude da qual agiu em detrimento do interesse público, qualquer que seja a natureza do ato, de direito público ou privado (de Império ou Gestão).

Segundo OTTO MAYER (38), deve-se considerar funcionário para o efeito da responsabilidade civil, todo indivíduo que está ao serviço do Estado, para prover a um interesse público.

No Brasil, ao contrário de certos países de regime parlamentar, como a França, o Presidente da República é, antes de tudo, o chefe da administração pública. Os seus atos, em sua generalidade, são administrativos.

Demais, como compreender a distinção para os atos administrativos, em razão, apenas, da autoridade que os praticou?

O mesmo ato administrativo não perde a sua natureza pelo simples fato de ter sido praticado por esta ou aquela autoridade.

O ato de nomeação ou demissão, por exemplo, tem caracteres próprios, que lhe são peculiares e que o não modificam porque praticados por esta ou aquela autoridade. Não são atos políticos ou discricionários, em geral, mas subordinados às exigências legais, que obrigam a autoridade e asseguram os direitos individuais.

A generalidade dos atos impugnados judicialmente, versa, quasi sempre, sobre a validade das nomeações e, principalmente, das demissões ilegais.

Ora, quasi todos eles são praticados pelo Presidente da República ou Ministros de Estado.

Devemos, no entretanto, acrescentar a essas considerações, feitas quasi todas tendo em vista o regime criado pela Constituição de 1934, que, já sob a carta de 1937, não seria possível considerar o Presidente da República, apenas como a autoridade administrativa suprema. O art. 73, coloca-o em posição excepcional e, si é verdade que lhe atribue a superintendência da administração, no entretanto o eleva à chefia do Estado, como a sua autoridade suprema.

Vale, porém, esse pequeno estudo como a demonstração do desenvolvimento histórico da doutrina.

NATUREZA DA RELAÇÃO ENTRE O FUNCIONÁRIO E O ESTADO

A natureza da relação jurídica entre o Estado e o funcionário depende, em primeiro lugar, da natureza da função, da categoria do funcionário, do regime jurídico fixado pela lei ou pelo estatuto.

Vamos, por isso, antes de tudo, fazer uma exposição geral das diversas doutrinas em voga sobre a natureza jurídica dessas relações. Ver-se-á que as divergências são fundamentais mas, muitas vezes, devidas à legislação de cada país e ao regime jurídico que orienta o provimento e o exercício da função pública.

A natureza dessa relação depende principalmente da categoria do funcionário; o contratado não pode ser equiparado ao diarista, nem ao empregado e nenhum deles ao funcionário do quadro estável e efetivo.

Veremos finalmente que o estatuto é o que permite maior maleabilidade e adaptação às diferentes categorias de funcionários e às modificações que pode o regime sofrer no tempo.

As divergências doutrinárias a respeito das relações entre o funcionário e o Estado podem se distribuir dentro de um quadro restrito. O caráter bilateral ou unilateral dessas relações cons-

(37) *Droit Administratif Allemand.*

(38) *Droit Administratif Allemand*, vol. I.

titue a grande divisão dentro da qual se desdobram as teorias (39) que assim dividiremos:

- a) do contrato de direito público, ou de direito administrativo;
- b) do contrato de direito privado em suas diversas modalidades;
- c) da locação de serviços;
- d) do mandato;
- e) do estatuto.

E' o que passamos a expor:

TEORIA CONTRATUAL

A primeira teoria, a mais importante, é a do ato bi-lateral — também chamada teoria contratual porque se assenta no contrato, ou ato bi-lateral.

Os contratos, porém, diversificam em sua natureza, podem ser administrativos, ou de direito público, ou então de natureza privada (*sui generis* de adesão, inominado).

A teoria dos contratos administrativos está sujeita a divergências notáveis, que atingem em sua essência a própria teoria geral do direito administrativo. A dualidade do direito, em público e privado, a natureza das relações com os particulares e o Estado, são outras tantas questões que escapam neste momento ao nosso estudo; limitaremos, por isso mesmo, a uma breve explanação sobre os contratos administrativos.

I — Teoria de Duguit

Para êle, em seus elementos intrínsecos, todos os contratos têm os mesmos caracteres. E' essa uma categoria jurídica, e quando os seus elementos se reúnem, ha sempre um contrato com os mesmos caracteres e os mesmos efeitos. Por conseguinte, si ha contratos que dão logar à competência dos tribunais administrativos, êsse fato decorre apenas da finalidade dos mesmos contratos.

E' o mesmo que se dá com os contratos comerciais. No fundo não existe diferença entre um contrato civil e um comercial. O que caracteriza o contrato comercial e impõe a competência dos tribunais de comércio é a sua finalidade co-

mercial. Não existe diferença de fundo entre um contrato civil e um contrato administrativo. O que dá ao contrato o seu caráter administrativo e justifica a competência dos tribunais administrativos é o fim de serviço público que visa regulamentar (40).

Nos países em que existe uma jurisdição administrativa especial, a distinção faz-se naturalmente, de acôrdo com a competência dos Tribunais.

E' êsse um critério que evidentemente inverte o problema, mas que não deixa por isso de ser verdadeiro e prático.

Entre nós, a distinção importa em uma questão de competência, visto caber ao Supremo Tribunal processar e julgar originariamente as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre êstes (41). Mas essa competência decorre menos da qualidade das partes do que da natureza da relação jurídica.

II — Teoria de Hauriou

O professor HAURIU não sistematizou a questão relativa à natureza do contrato administrativo; procurou, apenas, examinar o problema ao analisar os contratos de fornecimento. Segundo êste autor, considera-se contrato de fornecimento aquele em que a administração provê, por intermédio de empreiteiros, à satisfação de serviços a seu cargo, por meio de uma operação que se assemelha a uma venda ou, quando não, a uma locação de serviços, mas que não importa de forma alguma na criação e exploração de um serviço público. Mas observa logo:

"il faut qu'il y ait contrat spécial avec cahier de charges. Un achat au comptant n'est pas un marché de fournitures. Un transport exécuté par une compagnie de chemin de fer ou de paquebots, lorsque l'administration a usé du moyen de transport dans les mêmes conditions que le public, n'est pas un marché de fournitures" (42).

Como se vê, o professor HAURIU não analisa a estrutura da relação jurídica, mas exa-

(39) Petrozziello — *Il rapporto di pubblico impiego* — in *Nuovo Trattato completo di Diritto Amministrativo* de Orlando — vol. II — parte III.

(40) *Droit Constitutionnel*, vol. III, pg. 132.

(41) Duguit, *Droit Constitutionnel*, III, pg. 41.

(42) *Précis de Droit Adms.*, pg. 792.

mina apenas a forma de uma categoria de contrato feito pela administração pública. Falta à sua teoria a definição do traço característico dessa: relações jurídicas, do seu traço comum.

III — Teoria de Jèze

E' a mais famosa, talvez devido ao desenvolvimento que deu aos seus estudos e ao espírito analítico que imprimiu aos seus trabalhos.

Para caracterizar o contrato administrativo propriamente dito, impõe o sábio professor as seguintes condições:

1.º acôrdo de vontades entre a administração e o particular;

2.º o acôrdo de vontades deve ter por objeto a criação de uma obrigação jurídica de prestação de cousas materiais ou de serviços pessoais mediante uma remuneração (em dinheiro ou outra forma);

3.º a prestação do particular deve se destinar ao funcionamento de um serviço público;

4.º as partes, em virtude de cláusula expressa, pela forma mesma do contrato, pela natureza da cooperação pedida ao contrato, ou em virtude de qualquer outra manifestação da vontade, concordam em se submeter ao regime especial de direito público. De outro lado, o fornecedor, submetendo-se ao regime especial, renuncia a se prevalecer das regras de direito privado para a determinação de uma situação jurídica (43).

Admite, no entretanto, JÈZE, a existência de contratos ordinários regulados pelo Código Civil, e isto quando não se achem enquadrados nos limites acima fixados.

IV — Teoria Alemã — Otto Mayer — Fritz Fleiner

FRITZ FLEINER coloca a questão com uma precisão perfeita, atendendo à realidade atual, sem a pretensão de fixar o sentido de expressões que só na técnica tradicional podem significar alguma coisa. O sentido civilista não interessa ao Estado, cuja situação de predominância diante do indivíduo é manifesta e se verifica em qualquer contrato realizado para a prestação de serviços públicos.

Diz o citado autor (44): "Só pode ser ob-

jeto de contrato quando a vontade de cada uma das partes possui influência jurídica igual na integração de relação de direito. Ora, as relações de direito público são reguladas de modo unilateral pelo Estado. A maioria dos atos administrativos, que a prática qualifica de contratos de direito público, são disposições unilaterais cuja validade depende do consentimento dos interessados".

O legislador, muitas vezes, permite a realização de contratos afim de evitar certas dificuldades técnicas especiais ou complicações particulares de processo, inerentes à regulamentação unilateral das relações jurídicas em questão. Mas o interesse público, ainda assim, fica salvaguardado, porque a autoridade conserva a faculdade de expedir uma decisão unilateral, quando o contrato não atinge o seu objetivo.

OTTO MAYER não é menos incisivo na condenação da teoria, que pretende reconhecer a existência do contrato administrativo semelhante ao contrato de direito privado, mas atribue a sua existência à reconhecida predominância dos estudos de direito privado.

Ha evidente exagêro nos conceitos emitidos pelos autores, que pretendem enquadrar as relações contratuais realizadas pela administração pública dentro de um círculo fechado, e fixar normas rígidas dentro das quais se tenham de enquadrar os contratos em que é parte uma entidade de direito público.

O Estado, quando se obriga, equipara-se evidentemente aos particulares no que diz com o cumprimento das obrigações assumidas (45). Ele está obrigado a respeitar as cláusulas contratuais por motivos de ordem moral e de ordem econômica, que não precisam ser aqui salientados, mas ao assumir essas obrigações, ficam subentendidas certas restrições de ordem pública, que não podem ser desconhecidas pelo particular que com ele contrata, inerentes à sua própria natureza de pessoa de direito público, cujos interesses confundem-se com os da coletividade.

Evidentemente que tais restrições limitam-se à esfera da conveniência ou oportunidade das medidas asseguradoras do interesse público.

OUTRAS TEORIAS

Não se podem reduzir, apenas, ao número daquelas já mencionadas as diversas teorias sobre

(43). *Contrats adms.* I, pg. 16.

(44) *Droit Adms. Allemand*, pg. 132.

(45) Otto Mayer, *Droit Adm. Allemand*, I, pg. 176.

contratos administrativos. Elas desdobram-se em modalidades diferentes, revestindo-se de graduações que a natureza do trabalho dispensa discriminar.

Teoria do contrato de direito público

De acôrdo com essa teoria, KAMMERER (46) acha que é um contrato de direito público. Um contrato, porque nele se descobrem todos os elementos do contrato:

- a) capacidade das partes;
- b) liberdade de consentimentos;
- c) obrigações recíprocas.

Não vê esse autor situação privilegiada para o Estado, porque a sua função soberana se exerce contra todos os subditos.

Contra essa opinião se contrapõe, entre os antigos escritores, a de LAFERRIÈRE, por exemplo, que embora admitindo uma relação contratual entre o funcionário e o Estado, sustenta que esta relação decorre da lei e não do contrato; nem o Estado, nem o funcionário, podem modificá-la a seu arbítrio, por vontade exclusiva das partes.

A natureza do serviço, a amovibilidade do funcionário, ou a perpetuidade do título, o tratamento, a pensão e as condições de aposentadoria, decorrem da lei.

LABAND (47) acha que se estabelece o vínculo contratual porque ha um acôrdo de vontades entre o Estado e o funcionário. Mas funda a obrigação do serviço no dever de sujeição:

"Le rapport du service du fonctionnaire de l'État repose sur un contrat par lequel tout à fait comme dans l'ancienne commendation, le fonctionnaire se "voue" à l'État, contracte un devoir particulier de service et de fidélité, s'engage à un dévouement particulier, à une obéissance particulière, et par lequel l'État accepte cette promesse, ainsi que le rapport de puissance particulier qui lui est offert et assure en retour au fonctionnaire, protection, et, d'ordinaire aussi, entretien".

Como se verifica, o elemento contratual está apenas no acôrdo de vontade para a realização do serviço, porque a idéia de sujeição caracteriza bem o ato de autoridade.

MEUCCI (48) admite certas modalidades e adota uma teoria mixta distinguindo as funções das diversas categorias de funcionários: a uns atribue a qualidade de funcionários diretos (ministros, prefeitos, magistrados, agentes diplomaticos, etc.); os outros são funcionários indiretos (engenheiros, professores, conselheiros de Estado e muitos outros empregados).

Os primeiros exercem verdadeiro mandato; os segundos uma locação de serviços.

A feição contratual dessa relação decorre da sua natureza bilateral, que inspira desde logo a idéia de contrato.

Da mesma forma, as obrigações e direitos recíprocos que correspondem às determinações legais, permitem aventar-se a idéia de contrato.

Mas a nosso ver, o que falta para que este se caracterize é a liberdade de convenção dos direitos contratuais — a faculdade das partes contratantes de estabelecer o que fôr mais conveniente ou de maior interêsse para as mesmas partes. A manifestação da vontade é apenas a aceitação.

Seria quando muito um contrato de adesão.

Mas, tal não se dá. O Estado é uma entidade de Direito Público. As normas gerais, o estatuto legal é por ele ditado — é ele quem fixa a situação legal de seus funcionários, que têm de se sujeitar às normas ali fixadas, adquirindo, pelo fato de sua nomeação, os direitos assegurados pela lei, pelo estatuto legal.

E' bem verdade que nem todos os funcionários estão sujeitos sómente às disposições legais. Ha uma categoria de funcionários contratados, e cujos deveres muitas vezes estão reconhecidos no contrato, que é uma verdadeira locação de serviços. Pelo menos, o prazo de sua investidura está ali fixado, embora estejam os particulares sujeitos às normas legais que fixam a competência e os deveres dos funcionários da mesma categoria. Esse processo é muito usado para certos cargos técnicos, bem como no Professorado.

Daí a teoria estatutária que, como as demais, estudaremos em seguida.

(46) *La fonction publique en Allemagne*, pg. 90.

(47) *Le droit public de l'Empire Allemand* — Vol. II, pg. 119.

(48) *Ist.* — pg. 198.

A jurisprudência americana é contrária à idéia do contrato (49). E' o que acentua CARLOS MAXIMILIANO (50), citando copiosa doutrina e julgados das Côrtes Americanas.

A teoria contratual pode ser sub-dividida segundo a natureza do contrato:

- a) contrato *sui generis*;
- b) contrato inominado;
- c) contrato de adesão.

a) *Contrato sui generis* ou simplesmente contrato de Direito Público.

As teorias contratuais partem de um princípio puramente civilista de que as relações decorrentes do emprego só se realizam mediante um acordo de vontades que estabelece o laço jurídico entre o funcionário e o Estado.

Diante da evidência de que este contrato não se confunde com os de direito privado, deram-lhe uma feição *sui generis*; denominaram assim a maioria dos autores tais contratos como de serviço público, ou de serviço de Estado, como querem os alemães (*Staatsdienstvertrag*) (51).

KAMMERER (52) mostra que esta teoria, embora civilista, constitui uma transação dos princípios de Direito Privado com os de Direito Público a que ficam sujeitos os funcionários.

A observação é exata e a aceitação que tem a teoria contratual por parte de muitos autores modernos é bem a demonstração dessa verdade.

Fortes argumentos, porém, levantam-se contra a teoria contratual. A situação jurídica do funcionário, salvo os *direitos adquiridos em virtude de lei* (não se trata de funcionários contratados), po-

de ser alterada por vontade unilateral do Estado, bem como as suas atribuições, competência, natureza do serviço, estipêndio, horário de serviço, etc. a menos que se queira dar a feição *sui generis* a tais contratos, atendendo a essas circunstâncias.

A crítica á teoria contratual não é de hoje, não decorre da concepção moderna do Estado.

Já LAFERRIÈRE a havia feito com a clareza de sua argumentação, conforme já vimos (53).

GASTON JÈZE (54), adversário da doutrina contratual, só a admite nos casos de locação de serviço pelo Estado, de pessoas estranhas à administração, que não sejam funcionários, e que prestem serviços permanentes ou transitórios.

No primeiro caso, o contrato é de Direito Público, tratando-se de função permanente. No último caso é de Direito Privado, tratando-se de função transitória.

No caso do funcionário público, porém, a situação jurídica é regulamentar e não contratual.

Entre nós é a teoria contratual, sem dúvida, a preferida na doutrina e na jurisprudência dos nossos Tribunais.

CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.) (55) ensina:

"A natureza do traço que une o Estado aos funcionários públicos é eminentemente contratual.

Entretanto tal contrato não é uma locação de serviços nem um mandato, nem tão pouco uma gestão de negócios. É um contrato *sui generis*, inominado, depende das condições de nomeação, previstas nas respectivas leis e regulamentos. Nele ha mister a capacidade das partes, livre consentimento e obrigações recíprocas entre o poder nomeante e o nomeado".

Em parecer publicado na Revista Geral de Direito (56) manifesta-se pela mesma forma CLOVIS BEVILAQUA.

(49) Ver Pommeroy, *An introduction to the constitutional law*, página 449. "There is no contract either express or implied, between a public officer and the government whose agent he is".

"The case of Connol v. The City of New York directly presented the question for decision. The court held that in creating an office either by the state constitution or by state legislation, and in appointing an individual thereto, no contract arose between him and the state, that he occupied only a position of personal trust."

(50) *Comentários à Constituição*, pg. 553.

(51) Laband, op. cit., Vol. 2, pg. 115, onde está citada a bibliografia dos autores alemães partidários da teoria, como: Emermann, *Rheinischer Bund de Winkopp*; Leist, *Staatsrecht*, Jordan, *Lehrbuch*; e, principalmente, Buddeus, *Rechtslexikon de Weiske*.

(52) Op. cit., pg. 76.

(53) *Jurisdiction Administrative*, Vol. 1.º, pg. 619.

(54) *Des contrats administratifs*, Vol. 1, pg. 180.

(55) *Direito ao Emprêgo*.

(56) Op. cit., 2.º pg. 780.

b) *Contrato inominado* é uma modalidade da teoria precedente (57).

Como observa KAMMERER (58), é esta uma forma de dar o nome a um contrato para o qual não se encontra denominação na terminologia das formas conhecidas de contratos.

As observações acima feitas relativamente à teoria anteriormente examinada aplicam-se *mutatis mutandis* à crítica da teoria do contrato inominado. Ambas, como mostra D'ALESSIO (59) devem ser rejeitadas, porquanto são de ordem privada, quando as relações do emprego público pressupõem um regime especial só encontrado no Direito Público.

c) *Contrato de adesão*. O que caracteriza a natureza desse contrato é a exigência da manifestação da vontade do particular aceitando as condições impostas pelo Poder Público.

E' esta uma fórmula mais humana de estabelecer uma situação do direito, quando uma das partes como o Estado, por exemplo, é mais poderosa.

Esta teoria é hoje muito aplicada na definição dos chamados contratos coletivos de trabalho, que estabelecem normas gerais que se tornam definitivas pela aceitação, ou melhor, pela adesão ou manifestação da vontade de ambas as partes.

Ha quem ponha em dúvida até a natureza contratual da relação jurídica por esta forma criada (60).

As teorias sobre o assunto baseiam-se no grau de liberdade da manifestação da vontade (61).

O equívoco provem do princípio falso em que se baseiam quasi todos os autores, qual seja o da autonomia da vontade (62).

O contrato de adesão é, na feliz expressão

de HAURIU (63), um estado permanente de oferta.

Seria longo aqui examinar em detalhe a teoria geral dos contratos de adesão, mais da esfera do Direito Civil, mesmo nas relações decorrentes dos contratos de trabalho (64).

Apesar de suas semelhanças com a admissão ao emprego e da situação de estabilidade que caracteriza este contrato, não se lhe podem aplicar os mesmos princípios do serviço público.

O contrato da adesão é um contrato, não pode ser alterado por nenhuma das partes sinão naqueles casos excepcionais em que todos os contratos estão sujeitos às eventualidades e imprevisões; liga inteiramente as partes contratantes com a mesma rigidez e cláusulas penais inerentes àquela categoria de obrigações civis.

A função pública está no entretanto subordinada à lei, que pode modificar situações jurídicas em curso, respeitando apenas os direitos adquiridos sob o regime da lei em vigor, direitos que se integram no patrimônio do funcionário e que se lhe não pode arrebatá-lo sem manifesta violência.

Por outro lado, as cláusulas rescisórias e penais que podem ser aplicadas, principalmente estas últimas, contra os particulares, não estão previstas nas relações de emprego e não são da essência da função pública (65).

Como observa STAINOF, a teoria contratual levar-nos-ia a absurdos, como, por exemplo, a falta de cumprimento da obrigação por parte do funcionário em consequência do inadimplemento por parte do Estado.

São outras tantas considerações que levam a afastar essa teoria, preferindo-se aquelas que se baseiam no caráter unilateral e estatutário da função pública.

A teoria contratual, embora tivesse tido a sua época, é hoje geralmente repelida.

Não se pode, efetivamente, encontrar paridade entre as relações do funcionário com o Estado e aquelas que decorrem do concurso de vontade, elemento essencial de todo contrato.

E' bem verdade que a conclusão da relação jurídica depende do consentimento da pessoa que aceitou a função. Teríamos, então, como nota

(57) Laband, op. cit., Vol. 2.º, pg. 115, que cita como partidário dessa teoria Westphal — *Deutsches Staatsrecht*.

(58) Op. cit., pg. 73.

(59) *Istituzione di Diritto Amministrativo*, Vol. 2.º, pg. 218; Roland, *Précis de Droit Administratif*, pg. 58; Giovanni Miele, *La manifestazione di volontà del Privato nel Diritto Amministrativo*.

(60) Gaston Jèze, *Précis Généraux de Droit Administratif*, pg. 11.

(61) Rouvière, *Contrat Administratif*, pg. 17.

(62) George Rippert, *De la règle morale*, pg. 100.

(63) *Principes de Droit Administratif*, pg. 145.

(64) Demogue, *Declaration de Volonté*, pg. 229.

(65) Carnelutti — *Teoria del Regolamento Collettivo*, pg. 115.

BONNARD (66) um ato perfeito a uma condição resolutiva. Não se confunde, porém, essa situação com aquela que decorre do contrato.

Locação de Serviços

Uma das teorias sobre a relação entre os funcionários e o Estado é de que esta nada mais é do que uma "*locatio conductio operarium*".

Como diz KAMMERER (67), essa teoria, em vez de fazer do tratamento ou remuneração um acessório, considera-o como essencial, assimila ainda mais o funcionário a um empregado.

Ha manifesta confusão na definição da qualidade do funcionário. Este não é, como o locatário de serviço, mero empregado, obrigado a atender às determinações do locador, mas às estipulações legais, com uma amplitude desconhecida na simples locação de serviços.

MEUCCI (68) igualmente critica a teoria com argumentos semelhantes.

Segundo LABAND (69), também esta teoria é insustentável e foi abandonada por inexata e inconveniente, não estando o serviço do Estado compreendido entre os *operae illiberalis*.

Mandato civil

E' outra teoria que merece ser examinada.

Para os que a admitem, a função pública decorre de uma delegação do Estado para determinado individuo exercer certa função administrativa, agir em nome do Estado que ele representa.

Como nota KAMMERER (70), essa teoria não só se esquece da remuneração, elemento essencial do mandato, como ainda não considera este instituto de acordo com a doutrina Romana e a legislação da maioria dos países, que o têm como essencialmente gratuito. Além do mais, desconhe-

ce as garantias de estabilidade inerente à função pública.

MEUCCI (71) simpático à teoria, cita: TROPONG, MERLIN, DEMOLOMBE, DURANTON, BALLERINI e principalmente LAURENT, todos civilistas.

O autor italiano distingue, no entretanto, entre as funções daqueles que agem diretamente em nome do Estado, e os indiretos, que só agem por encargos embora no interesse do Estado.

Naqueles, diz o mesmo autor, divisa-se a índole do mandato, porque a representação decorre do mandato. Nestes, ao contrário, verifica-se a existência da locação de serviço, quer quanto aos técnicos que exercem profissões liberais, quer quanto aos amanuenses e outros subalternos *illiberalis*.

O erro da doutrina, a nosso ver, decorre da confusão de certos princípios de direito privado com os de direito público. Aqueles são inaplicáveis às relações com o Estado, quando este age como poder político.

A locação dêsse serviço é um contrato nominado, e o mandato tem uma feição própria, sofre limitações impostas pelos interesses econômicos em jogo, de todo inaplicáveis ao Direito Público.

As relações do Estado são muito mais amplas. A vontade do Estado, pelos seus órgãos supremos, não tem a liberdade que se verifica entre particulares.

Ainda mais, não se verifica a subordinação da vontade dos agentes do Poder Público aos funcionários subalternos, ou técnicos, a que se refere MEUCCI.

A teoria não tem aplicação com a feição que lhe empresta o Direito Civil, e isto basta para afastá-la, a menos que se lhe não tenha de dar uma estrutura jurídica diversa daquela que tiveram originariamente no Direito Romano, e se encontram na moderna legislação civil, quer o mandato, quer a locação de serviço.

Entre nós a teoria é inaceitável em um regime de estabilidade dos funcionários, e quando vigora um regime de responsabilidade do Estado pelos atos dos seus funcionários, incompatível com os princípios civilistas que presidem à integração das relações jurídicas ora examinadas.

Segundo SANTI ROMANO (72), foram

(66) *Nature juridique de la nomination* — apud Stainof — *Le fonctionnaire*, pg. 77.

(67) *La fonction publique en Allemagne*, pg. 69, que cita os seguintes partidários desta teoria — Kress, *Dissertatio juridica de jure officiorum et officialium*, cap. 2, § 15; Wolff, *Institutiones juris nature et gentium*; Neumann, *Meditationes juris principum*; Haller, *Restauration der staatswissenschaften*; Struber, *Rechtliche Bedenken*. São, como se vê, autores antigos.

(68) *Ist. di Diritto Amm.*, pg. 188.

(69) *Droit Public de l'Empire Allemand*, Vol. 2, pg. 114, que cita uma decisão favorável à teoria da Corte de Leipzig, de 3 de setembro de 1863.

(70) *La fonction publique en Allemagne* pg. 72.

(71) *Istituzione*, pg. 179.

(72) *Corso di Diritto Amministrativo*, pg. 110.

essas teorias abandonadas pelos motivos que largamente expõe.

Não se pode efetivamente, como demonstra esse autor, admitir a teoria contratual ou do mandato, quando existem funcionários não remunerados ou que exercem funções em virtude de lei, o que exclue aquelas relações jurídicas.

Teoria do estatuto

As dúvidas e divergências suscitadas tendo por base as doutrinas inspiradas nos princípios de direito civil, levaram os tratadistas a criar a chamada "teoria dos estatutos".

As condições do serviço público, segundo os partidários dessa teoria, não dependem do funcionário; este aceita apenas as condições impostas pela lei e pelos regulamentos, portanto pelo Estado. A manifestação da vontade consiste unicamente no ato da aceitação.

O que caracteriza, portanto, a relação de direito, o que fixa as suas normas é o regulamento, são os estatutos.

Como observa D'ALESSIO (73), a admissão à função pública é um ato de império. A relação de emprego constitui um instituto jurídico bem definido dentro do direito administrativo, com caracteres próprios e disciplina autônoma, na sua essência, no seu conteúdo, no seu desenvolvimento.

As consequências decorrentes dessa teoria são as seguintes:

1.º — Os mesmos princípios, as mesmas normas, regem a situação jurídica de todos os funcionários. Não há situações individuais em matéria de estatuto ou regulamento.

2.º — Deve o funcionário conformar-se com as modificações feitas pela lei ou pelos regulamentos em seu estatuto, salvo o direito à indenização.

sómente quando venha ferir direitos adquiridos, ou disposições constitucionais (74).

Os defensores dessa teoria, como DUGUIT, HAURIU, D'ALESSIO, consideram a nomeação uma forma particular de requisição, como diz HAURIU (75), ou, na expressão de D'ALESSIO, a preposição de um indivíduo ao serviço do Estado (76).

BERTHELEMY (77) faz a essa teoria severa crítica, mostrando as contradições do princípio na prática. Procura resolver a questão por meio de uma distinção entre os "funcionários de autoridade" e os "funcionários de gestão".

Daí decorre uma teoria mixta. De um lado, os que comandam, qualquer que seja a sua categoria; de outro lado, os que praticam atos apenas de gestão.

Essa distinção, que atinge apenas a natureza das funções, dispensa o exame da relação entre o funcionário e o Estado. O exame da função pública é o que interessa (78).

Não vemos como insistir em distinções, quando se torna fácil explicar a situação dos funcionários pela teoria do estatuto legal (79).

Essa teoria é largamente aceita em França, pelas melhores autoridades (80).

No desenvolvimento das teses voltaremos frequentemente ao assunto, e, então, teremos oportunidade de distinguir as diferentes modalidades no exercício da função pública e fixar a natureza jurídica de cada uma.

(74) Rolland, *Précis de Droit Administratif*, n.º 98.

(75) *Précis*, pg. 572.

(76) *Istituzione*, I, pg. 223.

(77) *Traité Élémentaire*, pg. 48. Esta teoria se assemelha à de MEUCCI, já por nós examinada.

(78) Ver DUGUIT, *L'État, le Gouvernement et les Agents*, pgs. 397 e segs.

(79) Roger Bonnard, *Précis*, pg. 367.

(80) Gaston Jèze, *Contrats Administratifs*, I, pg. 184.

(73) *Ist. Diritto Amministrativo*, II, pg. 222.