DIREITO ADMINISTRATIVO

Conceito juridico do funccionario publico. Sua responsabilidade patrimonial

Difficil é, nem ha negal-o, dar uma definição justa do que seja — o funccionario publico, ou empregado publico, como o denomina a linguagem vulgar. O genero proximo e a differença especifica não são encontrados nos elementos de que se soccorre a Logica em geral para explicar o que procura definir.

Para se reconhecer quanto justa é essa nossa observação, basta notar que a expressão,—funcção publica ou emprego publico—tem mais extensão do que a de funccionario ou empregado publico: nem todos que exercem funcções ou empregos publicos são — funccionarios ou empregados publicos; nem todos os funccionarios publicos occupam uma funcção ou um emprego publico, como se deduz do facto da aposentadoria, da suspensão e da licenciação.

A differença caracteristica do empregado publico só pode ser encontrada no estudo das relações que o serviço prestado suscita entre entre o empregado e o Estado. E' a natureza destas relações que firma o conceito juridico do empregado publico.

Desde logo seja comprehendido que deixamos de parte, por falta de interesse na discussão que nos occupa, a distincção que se póde fazer entre empregado e funccionario, tirado da especialidade do emprego, da liberalidade da funcção e da natureza do serviço prestado.

Tres são os fundamentos juridicos, segundo ensina Labant (1), sobre os quaes se pode erguer o

(1) P. Labant, *Das statsrecht des deut. Reiches*, 2.ª edic, tomo 1.º pag. 406.

dever de prestar serviços ao Estado: 1.º o *contracto*, no qual os contrahentes, — o individuo e o Estado, — se apresentam como pessôas independentes e eguaes, á semelhança do contracto de locação de serviço no direito privado; 2.º o *imperium* que possue o Estado para obrigar os seus subditos ou cidadãos á prestação de sua actividade para realisação da vida e desenvolvimento publicos, á semelhança do patrio poder que autoriza o pae a exigir dos seus filhos certas obrigações e cumprimento de deveres, e 3.º o *contracto* e o *imperium*, que nesta classe se ligam para formar uma especie *sui generis*, onde de um lado se nota a vontade livre do empregado e do outro o mando, a soberania do Estado. Uma analogia desta classe temos na vassalagem da idade media, que era um contracto, sem duvida, mas não um contracto do direito das obrigações, pois, segundo a expressão do autor citado, entre o Senior e o Vassallo existia uma relação de poder, que era de natureza moral, fundando-se em particular fidelidade e devotamento, e creando uma particular relação de serviço.

Na classe que tem por fundamento o *contracto*, nenhuma subordinação ha do prestador de serviço áquelle a quem este é prestado: ha entre elles apenas o direito de exigir a prestação do promettido e o dever juridico de cumprir o contracto. O engenheiro que se obriga por contracto a edificar uma fortaleza, a construir uma ponte ou um monumento publico, não tem para com o Estado outros deveres além dos que teria obrigando-se contractualmente para com um particular. Neste caso não se pode chamar ao prestador do serviço um empregado publico, qualquer que seja o objecto que vise o contracto.

A segunda classe, de que é distinctivo o *imperium*, comprehende a prestação de serviços impostos pelo direito de soberania, de superioridade do Estado sobre os individuos.

O cumprimento do dever neste caso, porém, não implica para o obrigado o caracter de empre-

gado publico: o jurado, o tutor, o curador, o vereador etc não são empregados publicos, posto exerçam funcções publicas, e até magistraticas. O fundamento pelo qual se lhes denega este caracter não é que elles não exercem funcções duradouramente, mas que a obrigação da prestação não é outra senão o dever de subditos ou cidadãos.

A terceira classe de relação de serviços comprehende aquellas prestações em que o *imperium* apparece combinado com o *contracto*. Aqui somente torna-se patente a natureza publico-juridica da relação entre o individuo e o Estado.

Esta relação presuppõe um *contracto*, desde que intervem um consenso especial, a demonstração da vontade do individuo na investidura do emprego. « O Estado deve manifestar a vontade de tomar a seu serviço uma pessôa, e esta deve concordar em entrar para este serviço. Este contracto não é porém do direito das obrigações ; mas crea antes para o Estado um poder, para o empregado um dever de obediencia, de fidelidade, de prestação, além do dever do Estado de defêza e de garantia da paga, do ordenado etc.»

A natureza toda especial do contracto neste particular ainda se torna mais patente, si observarmos que a falta de cumprimento dos deveres por parte do empregado não é uma violação de contracto, que sel-o-ia, si se tratasse de um pacto da vida civil ; mas é uma transgressão, um delicto, correspondente á *felonia* do vassallo. Por outro aspecto:—o cumprimento dos deveres inherentes ao emprego não é cumprimento do contracto, ante a realisação da fidelidade promettida, do dever de obediencia.

As analogias entre as tres classes de relações dos empregados e as relações dos meramente obrigados por contracto civil, dos filhos familias e dos vassallos, têm o merito de ser filhas de observações objectivas, que não puras creações de um doutrinalismo racionalistico.

Sem duvida a origem das áctuaes relações funccionaes é aquella mesma, não tendo tido o direito

administrativo necessidade de creações ficticias, mas carecendo somente insuflar força evolutiva nos institutos já existentes.

E foi esta a causa que nos levou a, de preferencia, expôr a opinião do illustre publicista allemão, adoptando-a como sufficiente para a explicação das relações publicas entre o Estado e seus funccionarios.

O serviço que o funccionario publico presta ao Estado distingue-se das prestações a que são obrigados cidadãos e subditos, por isto, que nestas nenhuma parcella de voluntariedade intervem, antes a vontade nellas deixa de funccionar como factor para a formação do acto; ao passo que no primeiro a vontade, e mesmo a espontaneidade do querer é requisito para a existencia e realisação da prestação. E é esta a distincção que serve de criterio decisivo no conceito do funccionario publico.

Para mostrar a justeza de sua opinião combate o ilustre Professor de Strasburgo os diversos conceitos de curso na litteratura do direito administrativo.

Assim, diz elle, não póde servir de caracteristico o ordenado, honorario ou vencimento, a que na antiga litteratura dava-se todo o pezo, e que na moderna é considerado não só como um *naturale*, como tambem um *essentiale* nas relações dos funccionarios publicos. E' facil de ver que o pagamento do serviço nada tem de intimo com a natureza deste, havendo empregados publicos gratuitos, e simples locadores de serviços remunerados.

Nem decisiva é tambem a *duração* da investidura do emprego. Especies ha de serviços publicos que de essencia são transitorias, ou só intermittentemente se fazem necessarias. Entretanto este conceito está hoje muito generalisado, tendo por seus representantes Zachariae, von Gerber, Schulze, ao qual são infensos Maurenhrecher, Grotefend Zoepfl.

Não tem importancia para a solução da questão o indagar, si os negocios que competem a um funccionario, são de natureza magistratica (*obrigkeitlich*)

ou technica. E' difficil traçar uma linha divisoria entre as duas especies, pois em muitos empregos publicos estão ligados os negocios magistraticos com os technicos. Esta distincção nada tem de pratica. Os que são nomeados para funcções publicas de administração de dominios e florestas, de caminhos de ferro, de minas, dos estabelecimentos de deposito e industrias do Estado; os que dão leções nas Universidades e Gymnasios, ou os que são mandados como enviados para prestar serviços diplomaticos, devem todos ser considerados empregados publicos, como o são os da policia e do poder judiciario.

Do mesmo modo nenhuma distincção abre no conceito do funccionario publico o facto de ser o serviço de inferior ou superior especie, isto é, de ter precedido um decreto, a expedição de uma resolução ou de uma portaria, ou de ter o empregado entrado em funcção em cumprimento de ordem superior. Tudo isto só tem importancia para a classificação dos funccionarios e para a medida dos direitos que lhes competem; pois é evidente que nem todos os empregados têm a mesma posição juridica deante do Estado.

Finalmente deve se notar que não ha necessidade de que o funccionario faça do emprego profissão essencial ou exclusiva. Isto, sem duvida, é de importancia para o ponto de vista politico e mesmo juridico em certos e determinados casos. Mas si se trata de formar o conceito juridico-scientifico, accommodado ás deducções praticas, exige a logica que se separem fundamente os momentos essenciaes de tudo que não é *essentiale* ao mesmo conceito.

Um estadista póde fazer das funcções publicas uma occupação *secundaria*, que não lhe absorve toda a actividade, que não constitue mesmo a sua exclusiva profissão.

O unico momento conceitual essencial é, neste assumpto, a natureza publico-juridica da funcção.

Já fizemos notar que as relações entre os funccionarios e o Estado *nem* se fundam sobre um de-

ver obrigatorio, *nem* sobre sua qualidade de subditos.

Antigamente via-se nestas, é certo, relações formadas á semelhança das do direito privado. Depois, de accordo com as condições politicas que predominaram até no ultimo seculo, appareceu o conceito do *precarium*. Mas a observação de que o empregado devia ter direito a uma retribuição, levou á *locação de serviço*. Em breve, porém, achou-se que isto era falso e indigno, pois o serviço publico não pertence ás *operae illiberales*; e appareceu a idea do *mandato*, que não resistindo á analyse, deu logar á formula do *contracto innominado*, para se considerar o serviço do funccionario como um contracto especial, *sui generis*.

Ponto de transição forma, porém, o conceituoso escripto de Goenner «*Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Nationaloekonomie betrachtet* (1808).

Para este escriptor, que combate energicamente o conceito do direito privado, a relação funccional do empregado basêa-se no poder publico, no dever de subdito. E esta tornou-se a opinião dominante.

Esta theoria origina-se simplesmente de que ninguem póde imaginar um contracto senão obrigatorio, e, como o serviço publico não é um contracto, deve ser um dever do *subdito*.

Mas aqui ha confusão entre o fundamento do serviço e a sua prestação. Uma funcção póde ser imposta *sem* originar a relação natural ao empregado publico, como se dá com os *munus* publicos, com o serviço feito por turno (*Reihediezst*). O dever de acceitar a tutela, a curatela, de ser jurado, de exercer os cargos da auto administração serve de exemplos que tornam superflua qualquer discussão. Por aqui vê-se claramente que ao lado do dever de prestação de serviço por contracto de direito privado ha ainda *duas* especies de prestações: a que provem da qualidade de subdito do Estado e a que emana da *posse* do serviço publico.

A primeira especie constitue uma antithese com o empregado publico, pois realisa-se involuntariamente, isto é, sem um consenso. Ambas as especies tem muitas cousas communs: a delegação do poder publico ao empregado, a responsabilidade no desempenho das funções, a obediencia hierarchica, o apoio para o cumprimento do dever contra os ataques, offensas e opposição, e a applicação de penas aos delictos e transgressões no uso das funcções.

« Mas a relação juridica, diz o illustre publicista, entre o Estado e o possuidor do emprego é nos dous casos differente. É isto verifica-se, porque o servidor publico permanece em um relação juridica para com o Estado, mesmo quando de facto não exerce emprego; ao passo que o que administra negocios em desempenho de dever de subdito, só tem os direitos e deveres inherentes a esta administração, emquanto nella permanece. O exercicio de um emprego é, sem duvida, o *fim* do contracto de prestação de serviço; mas para o conceito do empregado não é o exercicio, mas a *obrigação* de exercel-o, que o essencial; ha tambem empregados á disposição do superior chefe. O dever de prestação de serviço por contracto está para o effectivo exercicio do mesmo, como o dever legal do serviço militar para o serviço activo, ou como o dever legal de exercer funcções judiciarias para o effectivo exercicio de jurado. »

Para se saber até onde se extende o dever de obediencia do empregado ou funccionario publico basta determinar até onde chegam as funcções e os fins do Estado.

« Para fins que o Estado não reconhece como seus; para negocios que não acham justificativa na legislação e na organisação do Estado; para funcções que estão fóra da realisação do bem publico, não se podem obrigar os empregados; e muito menos para acções ou fins que são interdictos a elle ou delle excluidos. »

(Continúa).

Dr. Adelino Filho.