

## PÁGINAS CLÁSSICAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

## Natureza Jurídica das Relações entre o Estado e seus Empregados

O acórdão e o comentário de Viveiros de Castro, que a seguir publicamos, iniciam um novo setor, no qual a "Revista do Serviço Público" divulgará, em cada número, um trabalho clássico da bibliografia brasileira na especialidade.

O trabalho do ilustre tratadista e magistrado representa, em relação à sua época, notável antecipação dou-

trinária, consagrando a tese estatutária na disciplina da relação de emprégo público.

A acolhida do Supremo Tribunal Federal às razões do eminent relator do acórdão evidencia também que, desde 1918, o mais alto colégio judiciário já repelia, pela unanimidade de seus Ministros, a noção contratual da função pública e admitia, em consequência, a redutibilidade de vencimentos.

## IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS

## APELAÇÃO CÍVEL

A função pública não decorre de uma "situação contratual" e sim de um "estatuto legal", criado sempre "por um ato unilateral da autoridade pública".

O impôsto proporcional não viola de forma alguma o art. 72, § 2.º, da Constituição Federal.

A "irredutibilidade de vencimentos" é uma garantia concedida exclusivamente aos magistrados federais.

O impôsto sobre subsídios e vencimentos, é uma verdadeira modalidade do impôsto de indústrias e profissões, constituindo, portanto, uma "cédula" do impôsto sobre a renda.

N. 2.847. Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível em que são apelantes o Almirante José Ramos da Fonseca e mais 128 oficiais reformados do Exército e da Armada, e é apelada a União Federal:

Consta dos autos ter sido proposta a presente ação a fim de serem declarados inconstitucionais o artigo 1.º, IV, n.º 31 da Lei n.º 2.919, de 31 de dezembro de 1914, e o artigo 1.º e seguintes do Regulamento que baixou com o Decreto n.º 11.458, de 27 de janeiro de 1915, na parte que sujeitou ao impôsto sobre vencimentos, os que os A.A. e assistentes percebem como reformados.

Os fundamentos do pedido foram os seguintes: 1.º, esta taxação fere direitos adquiridos — a) porque, na escolha da sua carreira, todos os servidores do Estado fazem entrar a eventualidade da pensão de aposentadoria ou reforma nos cálculos que a determinam; e, sendo *contratuais* as relações entre o Estado e os seus empregados, uma vez aceitas por êstes as ofertas do primeiro, não podem mais ser alteradas as respectivas situações; b) porque, preenchendo o funcionário as condições estabelecidas pela Lei para obter a pensão de inatividade, tem com isso adquirido um direito subjetivo, desde então imodificável em seu detrimento e do qual não há como poder privá-lo, nem por uma medida legislativa, e, muito menos, por um ato executivo; 2.º, o impôsto é ainda inconstitucional porque, estabelecendo uma taxa progressiva, fere o princípio da igualdade de todos perante a Lei, consagrada no artigo 72, § 2.º, da Constituição Federal; 3.º, que ainda é inconstitucional porque também fere o artigo 74 da Constituição Federal que garante, em *tôda a sua plenitude*, as patentes, postos e cargos inamovíveis; 4.º, finalmente, que o impôsto não pode recair sobre o salário da reforma, porquanto

esse salário não pode ser considerado vencimento, e sim apenas uma *tença*, uma *pensão alimentar*.

Em sua defesa, alegou a União Federal: 1.º, que a doutrina contratual das relações entre o Estado e os seus empregados não é ainda dogma do Direito Administrativo, sendo, ao contrário, repelida por escritores de valor; 2.º, que a taxação impugnada não ofende o artigo 72, § 2.º da Constituição Federal, porque a plenitude da garantia das patentes não inclui a isenção fiscal; também a propriedade é garantida, em *tôda a sua plenitude*, no artigo 72 § 17 da Constituição, e, entretanto, ninguém se lembrou de recusar o pagamento dos impostos que gravam a propriedade; garantidos também, em *tôda a sua plenitude*, são os cargos civis vitalícios e inamovíveis, e, não obstante, nenhum dos respectivos funcionários, a não ser os magistrados federais (artigo 57, § 1.º da Constituição Federal), sustentou até hoje que estavam os seus vencimentos isentos da taxação legal; 4.º, e, finalmente, que, nos termos amplos das disposições legais, estavam também compreendidos os soldos de reforma, embora denominados *tenças*.

A fls. 542 v., o Juiz Federal da 1.ª Vara proferiu a sua sentença, examinando minuciosamente as alegações das partes e julgando improcedente a ação proposta.

A apelação foi regularmente interposta, e os autos subiram no prazo legal, estando devidamente preparados.

O que tudo devidamente examinado e:

Considerando que, para sustentar que a taxação impugnada ofende os seus direitos adquiridos, os A.A. tiveram necessidade de arvorar em dogma do direito administrativo moderno a *doutrina contratual* das relações entre o Estado e os seus empregados; mas

Considerando que semelhante doutrina, se bem que tivesse tido certa voga, principalmente na Itália, devido ao alto prestígio de Chironi, é formalmente repelida por mestres da mais indiscutível autoridade.

Doutrina GIORGIO GIORGI — *La Dottrina delle persone giuridiche e corpi morali*:

"Súdito em face do Soberano, depositário de um poder ou de um encargo público, no interesse de *tôda a sociedade* e não do próprio indivíduo; ligado à hierarquia pela disciplina, o empregado do Governo não é um mandatário de direito civil; é apenas um cidadão que, por concessão unilateral do Estado ou dos seus ministros, tem título, grau e atribuições de interesse geral; a aceitação do funcionário não é exigida para tornar perfeito o ato da nomeação, que é válido e íntegro logo que é expedito de acordo com as formas constitucionais.

O direito privado não entra substancialmente e necessariamente na natureza da relação jurídica entre o Estado e os seus empregados e sim apenas, accidentalmente, no que diz respeito às vantagens concedidas aos funcionários.

Mas este lado patrimonial é apenas um enxerto da forma contratual privada em um tronco nascido no campo do direito público.

O sujeito principal, isto é, o interesse público, modifica e desnatura o elemento privado, que, absolutamente, não pode ser julgado segundo as regras da locação ou do mandato.

E' preciso considerar êsse elemento privado, não segundo o critério da rigorosa justiça comutativa, mas segundo os critérios das Leis que, "ex necessitate regiminis", fixam os ordenados, indenizações e pensões."

MEUCCI — *Instituzioni di Diritto Amministrativo* — admite a existência de um mandato, tomado na sua mais ampla acepção, no sentido de representação ou personificação da pessoa jurídica no seu funcionamento (*institutio, commissione, preposizione*), nas relações entre o Estado e os seus empregados; mas acrescenta que se não trata de um mandato civil e sim de um mandato de natureza especial, dependendo, exclusivamente, da lei e das necessidades da ordem pública.

O indivíduo fica legalmente nomeado, ainda que não tenha solicitado o emprêgo, nem tenha manifestado ainda a sua intenção de aceitar a nomeação.

CAMMEO, refutando a doutrina contratual (em um trecho citado na excelente monografia de Gilberti Messina — "Responsabilità civile dello Stato e delle altre persone giuridiche", diz que o seu único fundamento consiste em se exigir a manifestação da vontade do nomeado, para que este se repute legalmente investido do emprêgo; mas, em seguida, passa a demonstrar exaustivamente que essa manifestação de vontade não é um elemento jurídico da validade do ato da nomeação.

O indivíduo fica legalmente nomeado, ainda que não tenha solicitado o emprêgo, nem tenha manifestado ainda a sua intenção de aceitar a nomeação.

ROMANO — *I Poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni* — sustentando que os direitos e deveres dos empregados públicos nascem "ex lege" e não "ex-pacto", alega justamente que, se assim não fosse, não seria possível admitir a eficácia retroativa das Leis e até mesmo dos regulamentos, que aumentam ou diminuem ordenados, pensões e outras vantagens, retroatividade que ele considera insusceptível de dúvida.

E CAGNETTA, no artigo "Stipendio", publicado no "Dígesto Italiano", afirma que o "decreto, o ato da nomeação não tem nem a forma nem a essência de um contrato; se, em alguns pontos, a ele se assemelha, se está "ad instar contractus", se mistura nesse ato um elemento de ordem pública, que, na realidade, o converte em uma coisa de natureza especial, e que exige uma definição também especial.

Nomeação, funções, hierarquia, vantagens, tudo isto é determinado por decretos da autoridade, promulgados "ex-necessitate regiminis"; o empregado aceita as condições impostas pelo Estado, se subordina, mas, de forma alguma estipula ou contrata."

Em França, BERTHÉLEMY — *Traité Élémentaire de Droit Administratif* — diz que sómente os velhos tratadistas, como PERRIQUET, DARESTE, LAFERRIÈRE, consideram a função pública sob o ponto de vista da "situação contratual", assimilável à "locação de serviço" ou "mandato", ou ainda a um "contrato do poder público", ato *sui-generis*.

Os tratadistas modernos, ao contrário, citando, entre outros, Esmein, Hauriou, Duguit e Jèze, encaram a função pública como um "estatuto legal" criado sempre por um ato unilateral da autoridade pública.

Mantendo-se fiel à clássica distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, BERTHÉLEMY repele a doutrina contratual quando se trata do "exercício da autoridade".

que não pode ser objeto de uma locação de serviços; e cita, como exemplos de funções de autoridade, justamente as que são exercidas pelos Juízes e pelos generais.

Idêntica à lição de Berthélémy é a de Jèze, exposta nas monografias que enriquecem a "Revue du Droit Public et de Science Politique".

HAURIOU — *Précis de Droit Administratif* (huitième ed.) — afirma ser a tese contratual absolutamente falsa; porquanto, a operação de recrutamento para as funções públicas não apresenta nem os elementos de "forma", nem os de "fundo" de um contrato.

A situação do emprêgo, na época da nomeação, não fica imutável em proveito do empregado; continua regido pelas Leis e pelos regulamentos, que podem ser modificados legalmente e regularmente, sendo o funcionário obrigado a se sujeitar a essas modificações, salvo se preferir solicitar a sua demissão.

DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel* — ensina que o Estado moderno, na sua evolução geral, chegou a um estádio em que ele institui "por atos unilaterais" todos os seus funcionários propriamente ditos, isto é, todos os agentes que estão empenhados, de uma maneira normal e permanente no funcionamento dos serviços públicos.

O consentimento do funcionário não é necessário para a perfeição do ato da nomeação.

Na Bélgica, ORBAN — *Le Droit Constitutionnel de la Belgique* — diz que "toda nomeação de funcionário é um ato de autoridade, um ato unilateral do poder público; mas, se fosse contrato, seria em todo o caso um contrato "sui-generis", de Direito Público, submetido a regras jurídicas especiais".

Na Alemanha, OTTO MAYER — *Le Droit Administratif Allemand* (ed. franc. par l'auteur) — assim doutrina: "Para nós, o direito público dá as idéias dominantes para todos os detalhes das instituições que lhe pertencem; essas instituições necessariamente se ressentem da circunstância de serem constituídas sobre a base da desigualdade jurídica das pessoas em causa.

Assim sendo, o que, no ato jurídico da colocação de alguém no serviço do Estado, produz efeito, deve ser a vontade do Estado, o ato administrativo da nomeação; o consentimento do nomeado tem apenas o valor de uma condição a observar, condição, aliás, indispensável para a eficácia do ato.

Este efeito existe, como em todos os atos administrativos, desde o momento da notificação, da declaração feita na devida forma à pessoa nomeada.

Quem recebe uma nomeação, não pode recusar dizendo simplesmente: não dei o meu consentimento, não aceito; é indispensável recorrer contra o ato, promover a sua revogação, ou a decretação da sua nulidade.

Mas, enquanto a nomeação não é considerada sem efeito, ou não é anulada, continua a produzir os seus efeitos, os quais provêm da sua força intrínseca."

Nos Estados Unidos, é doutrina corrente que as relações entre o Estado e os seus empregados não são absolutamente contratuais.

"Office is not a contract relation, dizem FINLEY and SANDERSON — *The American Executive and Executive methods; the officer does not hold by contract but by the will of the sovereign power.*

"The right possessed by the official, diz GOODNOW — *Principles of the Administrative law of the United States* — is not, however, a contractual right since the official relation is not a contractual relation."

Entre nós, repelem resolutamente a doutrina contratual dois escritores que profundamente estudaram o assunto, publicando obras especiais sobre a matéria — VIVEIROS DE CASTRO, *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo*; e ARAÚJO CASTRO — *Estabilidade de Funcionários Públicos*.

Considerando que a taxação impugnada não viola absolutamente o art. 72, § 2º da Constituição Federal, porquanto o princípio de ser a *lei igual para todos* não tem forma alguma por corolário que devam pagar a mesma cota de *impôsto*, mesmo porque seria uma *desigualdade tratar igualmente seres desiguais*.

A doutrina moderna, defendida exaustivamente, entre outros, por Wagner, Schaffie e Neumann, reconhece, como critério da taxação — a *capacidade contributiva dos cidadãos*.

Esse critério pressupõe, observa Nitti, que cada indivíduo paga o *impôsto* proporcionalmente à sua renda e às suas riquezas; e daí se segue que a taxação deve ser graduada de forma a seguir as variações da renda dos cidadãos que fazem parte da associação política e concorrem para o seu bem-estar.

Mas também pressupõe outra coisa: uma renda igual nem sempre representa uma capacidade contributiva igual.

Na existência dos países modernos, e, sobretudo, entre os povos civilizados, não é possível deixar de tomar em consideração, relativamente aos sistemas de impostos, as *condições individuais dos cidadãos*.

Os fatores qualificativos e subjetivos da capacidade econômica são tais que determinam entre elas enormes diferenças, e isto com a própria renda, a qual, por si só, não pode ser o critério da capacidade contributiva.

E', portanto, evidente que um sistema de impostos que reclamasse pura e simplesmente impostos iguais para todos, ocasionaria sacrifícios desiguais.

E assim, não é lógico se considerar a aplicação da progressão como uma violação da capacidade contributiva.  
— VIVEIROS DE CASTRO — *Tratado dos Impostos* (2.ª ed.).

Seria uma clamorosa injustiça estabelecer uma *taxa única* para todos os vencimentos, sem levar em conta as respectivas importâncias e as condições pessoais dos tributados; essa taxa única não poderia deixar de ser estabelecida se tomando a média dos vencimentos, e assim seria insignificante para os grandes vencimentos e esmagadora para os funcionários parcialmente retribuídos:

Considerando que o *impôsto* a cujo pagamento os autores e assistentes pretendem se subtrair não viola, de forma alguma, o art. 74 da Constituição Federal; porquanto, na *plenitude* dos direitos assegurados pelo mesmo artigo, não está compreendida a *irredutibilidade dos vencimentos*, que não é uma condição indispensável para o exercício de todos os postos, patentes e cargos inamovíveis.

Tanto não é, que a Constituição Federal estabeleceu essa garantia exclusivamente para os magistrados federais, atendendo à natureza das suas funções, e especialmente à decretação de nulidade das leis e dos atos do Poder Executivo, manifestamente inconstitucionais;

Considerando que o *impôsto* sobre os subsídios e vencimentos é uma verdadeira modalidade do *impôsto* de indústrias e profissões, constituindo, portanto, uma *cédula* do *impôsto* sobre a renda (VIVEIROS DE CASTRO — *Tratado dos Impostos*, 2.ª edição), e, nestas condições não tem a menor importância o fato de não estar o tributado em atividade, desde que a sua situação não afeta de forma alguma à percepção dos rendimentos;

Considerando que, mesmo que se estabelecesse distinção entre militares em serviço e reformados, essa distinção não aproveitaria aos autores e assistentes porquanto as legislações estrangeiras sobre a matéria isentam da taxação unicamente os soldos dos militares, quando em serviço ativo (leis italianas de 14 de julho de 1864, 24 de agosto de 1877, 10 de julho de 1880, 11 de abril de 1889 e 22 de julho de 1894 — *imposta sui redditi della ricchezza mobile*; lei austriaca de 1 de janeiro de 1898; lei da Sérvia, de 30 de março de 1891, etc.);

Considerando que, embora a legislação do Império tenha denominado *tença* a remuneração concedida aos militares inativos, não pode haver a menor dúvida de que o legislador, em 1914, quis positivamente taxar essa remu-

neração, dizendo, em termos claros, positivos e inofensáveis, que o *impôsto* sobre vencimentos seria cobrado “sobre as quantias que forem efetivamente recebidas em cada mês por quaisquer pessoas (civis ou militares) que percebem vencimentos, ordenados, soldos, diárias, representação, gratificação de qualquer natureza, percentagens, cotas, pensões graciosas ou de inatividade proveniente de reforma, jubilação, etc.”;

Considerando, finalmente, que é tanto mais insustentável a distinção que os autores e assistentes pretendem fazer entre as suas *tenças* e os *vencimentos* dos outros funcionários públicos, quando a maioria deles estão numa situação privilegiada, talvez única no mundo, percebendo na inatividade maiores vencimentos do que percebiam, quando prestavam ou estavam em condições de prestar, os seus serviços à Pátria:

Acordam negar provimento à apelação, e confirmar a sentença apelada que julgou improcedente a ação: julgando também carecedores de ação os assistentes de fls. 598 que interviveram na causa depois de proferida a aludida sentença. Custas pelos apelantes e assistentes.

Supremo Tribunal Federal, 24 de julho de 1918.  
H. do Espírito Santo, P. — Viveiros de Castro, Relator. Sebastião de Lacerda. — G. Natal. — Godofredo Cunha. — André Cavalcanti. — Canuto Saraiva. — Pedro Lessa. — Pedro Bibielli. — Leoni Ramos. — A. Pires e Albuquerque. — J. L. Coelho e Campos. — João Mendes. — E. Lins. — Fui presente, Muniz Barreto.

## COMENTÁRIOS

A pretensão dos oficiais reformados do Exército e da Armada de estarem os respectivos soldos isentos do *impôsto* sobre vencimentos, se baseava principalmente nas duas seguintes alegações:

1.ª Sendo contratuais as relações entre o Estado e os seus empregados, é indiscutível que, uma vez fixados os vencimentos da inatividade, o Estado, que é uma das partes contratantes, não pode diminuir esses vencimentos, ainda que pela forma indireta da taxação.

2.ª Garantindo a Constituição Federal, no artigo 74, as patentes, os postos e os cargos inamovíveis, *em toda a sua plenitude*, não é possível repelir o corolário dessa garantia — a *irredutibilidade dos vencimentos*.

O Acórdão mostrou exuberantemente a improcedência dessas alegações.

Mas, como a doutrina das relações contratuais entre o Estado e os seus empregados ainda continua a ser defendida entre nós, havendo até quem se lembrasse de me incluir entre os escritores que a defendem, sou forçado a insistir no assunto.

Sómente uma leitura muito apressada do meu *Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo* — pode explicar o equívoco de se me atribuir adesão à doutrina contratual.

Neste livro eu disse o seguinte: “*De todos os escritores, porém, é Laband o que melhor conceitua a natureza das relações entre os funcionários e o Estado*”.

Ora, LABAND — *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, — depois de ter estabelecido que o Estado pode celebrar contratos de locação de serviços, como com empreiteiros de estradas de ferro, fortificações, etc., assim como pode também impor a obrigação de executar serviços, tendo como fundamento uma relação de poder (*Gewaltoerhaeltniss*) que não provém duma decisão livre dos interessados, mas existe sem isto, assim continua a expor a sua doutrina:

“Mas, existe uma terceira classe de — relações de serviços — que reúne os traços característicos das duas já estudadas, isto é, por um lado, tem por base uma convenção livre e voluntária, e, por outro lado, tem no seu conteúdo uma relação de poder.

A história do direito privado nos oferece um exemplo clássico duma relação desse gênero na *vassalagem*.

A comendação do direito na idade média era um contrato, mas não o contrato de direito de obrigações; entre o senhor e o vassalo, suserano e feudatário, havia uma relação de poder que era de natureza moral, repousando sobre um dever de fidelidade e de dedicação particular, e criava um dever de serviço também particular.

A comendação não fundava uma relação contratual, e sim uma relação de autoridade e de subordinação, uma potestas.

Violar o seu dever de serviço não era para o vassalo deixar de cumprir uma obrigação, era um delito, uma felonía; os direitos do suserano não eram direitos de credor, e sim direitos soberanos.

O que ele devia em retribuição era essencialmente a proteção.

O dom dum — benefício — não era, originariamente, indispensável, se bem que sempre fosse esse o costume.

A relação entre o vassalo e o suserano não era formada por um — dare, facere, prae estare, opartere — recíproco mas pelo — mundeburnium — (defensivo) e pela fides.

A relação de serviço que une o funcionário ao Estado é da mesma natureza, sendo, porém, de direito público.

Esta relação supõe um contrato que a estabelece, isto é, um consentimento especial para cada caso.

E' necessário que o Estado declare a sua vontade de tomar alguém, individualmente, determinado, para o seu serviço, e que esse indivíduo consinta em entrar para o mesmo serviço.

Mas este contrato não é de direito obrigatório; ele funda uma relação de poder do Estado, um dever particular de serviço, de obediência, de fidelidade do funcionário, impõe ao Estado o dever de protegê-lo e pagar a remuneração estabelecida para os seus serviços.

Aqui também o que é essencial é o dever do Estado de proteger o funcionário no exercício de suas funções; a remuneração é a regra, mas não é o essencial.

O funcionário que falta ao seu dever de serviço não viola um contrato, comete um delito disciplinar, (vergehen) correspondente à felonía do vassalo.

Cumprir os deveres de funcionário não é se conformar com as cláusulas dum contrato, é desempenhar o dever de obediência e de fidelidade, que ele aceitou.

Assim, pois, o serviço do funcionário se distingue do do súdito; porque este não se obriga a executá-lo por uma decisão da sua vontade livre; e se distingue do serviço de um homem alugado pelo Estado, por que esse homem é um contratante, com os mesmos direitos que o Estado.

A relação de serviço assim limitada por esta dupla oposição, constitui o critério decisivo e essencial da noção jurídica do funcionário."

Basta ler com atenção os trechos sublinhados, para se verificar que o conceito de Laband, que adotei, absolutamente não sufraga a doutrina das relações contratuais entre o Estado e os seus empregados.

E' exato que o notável publicista tedesco fala em contrato; mas teve o cuidado de explicar que se não referia a um contrato de direito de obrigações, e sim à necessidade de consentimentos especiais para cada caso, manifestando o Estado a vontade de tomar um indivíduo a seu serviço, e consentindo esse indivíduo em servi-lo.

E positivamente afirmou que a relação de serviço que une o funcionário ao Estado, não é uma relação contratual, e sim uma relação de autoridade e de subordinação, uma potestas.

A doutrina contratual é uma velharia, já sem cotação entre os Mestres.

Na França, de onde importamos a nossa organização administrativa, os publicistas de maior autoridade a repelem.

GASTON JÈZE — *Les Principes généraux du Droit Administratif* — assim resume a moderna doutrina jurídica:

"En France, les agents au service public proprement dits sont dans une situation juridique légale et réglementaire. Cela signifie que le procédé du contrat n'intervient à

aucun moment. Ce n'est pas un contrat qui fait entre les agents au service public. Ce n'est pas un contrat qui règle les droits et obligations des individus en service public. Ce n'est pas un contrat qui fixe la durée des fonctions et les conditions de la sortie du service public. La sanction des droits et obligations des agents au service public n'est pas celle des droits et obligations résultant d'un contrat. Tout ceci est réglé par les lois et réglements.

Dés lors: 1.º l'acte juridique par lequel un individu entre au service public est un acte — condition, c'est-à-dire, qu'il a pour effet juridique non pas de créer pour un individu une situation juridique individuelle, mais d'investir un individu d'une situation juridique légale et réglementaire.

2.º L'acte juridique par lequel un service public est organisé, par lequel sont déterminés les pouvoirs et devoirs des agents affectés à ce service, est une loi ou un règlement; c'est-à-dire un acte créant une situation juridique générale et impersonnelle.

3.º L'acte juridique par lequel un individu sort du service public est un acte — condition: c'est-à-dire une manifestation de volonté plaçant un individu dans une situation juridique générale et impersonnelle (situation d'agent démissionnaire, d'agent retraité, etc.).

4.º La sanction des pouvoirs et des devoirs des agents au service public est la sanction des situations juridiques générales et impersonnelles et non celle des situations juridiques individuelles. L'action en justice pour faire condamner à l'exécution du devoir n'est pas le procédé de sanction des obligations contractuelles."

Um estudo superficial da matéria pode levar à convicção de que a doutrina francesa não repele a doutrina contratual, porquanto na jurisprudência do Conselho de Estado, que tem colaborado tão eficientemente na formação do Direito Administrativo, nós encontramos freqüentemente, para caracterizar as relações do Estado e dos seus empregados, as expressões — *contrat du droit public* e *contrat de fonction public*.

Mas TARDIEU, citado em nota por JÈZE, e que à sua qualidade de Comissário do Governo reúne uma indiscutida competência em assuntos administrativos, assim explicou, no *affaire Winkel*, o sentido das referidas expressões:

"Assurément ce n'est pas là purement et simplement le contrat de travail du Code Civil. A la différence de ce qui se passe en droit privé, les parties ne traitent pas sur un pied d'égalité.

L'Etat fixe à son gré, et en vue de meilleur fonctionnement possible du service public, les diverses clauses du contrat.

Il détermine seul, sans discussion et sans entente préalable avec les candidats fonctionnaires, les devoirs et obligations qu'il impose à chaque agent.

Il fixe également les avantages qu'il leur accorde, le taux de leur traitements, les conditions et la quotité de leurs pensions, les règles suivant lesquelles ils recevront de l'avancement, les conditions suivant lesquelles leurs écarts seront réprimés, les peines disciplinaires qu'ils peuvent encourrir et la procédure suivant laquelle ces peines seront prononcées, enfin les garanties qui les protégeront contre l'arbitraire. Non seulement l'Etat fixe seul ces conditions, mais encore il se réserve le droit de les modifier en cours d'exécution. Enfin, il reste toujours libre de supprimer le service et, par suite, l'emploi... C'est cet accord de volontés qui se produit lors de la nomination acceptée par le fonctionnaire, accord générateur d'obligations réciproques, qui constitue ce que l'on appelle le contrat de fonction publique."

Deste trecho resulta claramente que as aludidas expressões foram empregadas pelo Conselho de Estado em sentido impróprio, levado exclusivamente pela idéia de que no acto de nomeação há um acordo de vontades, entre o Estado que nomeia e o empregado que aceita o emprégo.

Mas, na realidade, não existe esse acordo — o ato da nomeação é unilateral, fica completo com a sua publicação, nela não intervém a vontade do empregado.

E tanto é assim que, se o nomeado não aceitar o emprêgo, o ato da nomeação não fica *ipso facto* nulo, é indispensável um novo ato do Governo declarando sem efeito a nomeação.

*"Il n'y a pas échange des consentements, diz HAURIOU* — *"Précis de Droit Administratif et de Droit Public"* — *c'est-à-dire, conclusion de l'opération reportée jusqu'au moment de l'acceptation par le fonctionnaire de sa nomination.*

*On sait comment s'opere le recrutement des fonctionnaires, en fait, par une nomination que est une decision exécutoire unilatérale prise par une autorité administrative. Sans doute, dans le cours ordinaire des choses, le fonctionnaire nommé accepte sa nomination, sans quoi il serait difficile de lui faire executer son service; mais on a vu, dans des temps malheureux, de fonctionnaires nommés que n'acceptaient point leurs fonctions et que l'on y attachait de force, par exemple les curiales du Bas-Empire, et il ne faudrait peut-être point si longtemps pour qu'on vit repartir chez nous ces fonctions peu envierées que l'on serait obligé d'imposer.*

*Mais, même quand le fonctionnaire nommé accepte sa nomination, cela s'analyse en un acte d'adhésion à un fait, et non pas en un échange de consentements contractuels. Et le résultat, c'est que les effets juridiques de la nomination se produisent immédiatement, sans qu'on attende l'acceptation du fonctionnaire."*

O próprio BERTHÉLEMY que, no *"Traité Elémentaire de Droit Administratif"*, ainda defende a doutrina contratual quando se trata de empregados de gestão, reconhece, contudo, *"qu'il y a fonctions qui sont la participation au pouvoir de commander; elles sont conférées dans les conditions légales; elles n'ont aucune base contractuelle"*.

São desse gênero as funções militares; ninguém dirá certamente que os oficiais do Exército e da Armada sejam empregados de gestão.

Na Espanha, segundo afirma o mais notável dos seus tratadistas das ciências administrativas, ADOLFO POSADA — *"Tratado de Derecho Administrativo"* — *"la relación de empleo no tiene carácter contractual"*.

E nos Estados Unidos, GOODNOW, o eminent professor da *Columbia University*, assim doutrina na sua obra clássica — *"The principals of the Administrative Law of the United States"*:

*"The official relation not being a contractual relation, and the existence of the right to compensation being dependent upon the law, we must go to the law to find if there is a compensation attached to any given office. The compensation, however it may be fixed, may be changed by the authority fixing it, provided no higher law, such as the constitution when it is fixed by statute, or a statute when it is fixed by the administration prevents. The compensation may be altered, diminished, or altogether terminated during the term of office or the incumbent, and such change will not be regarded as impairing the obligation of a contract, since the official relation is not a contractual relation; but the act changing the compensation must be clear and specific."*

A jurisprudência americana também repele a doutrina contratual.

NICOLAS CALVO — *Decisiones Constitucionales*, número 1.045, assim consubstancia os julgados da Suprema Corte sobre a matéria:

*"Um empregado público é uma criatura da Lei promulgada pelo poder soberano do Estado para objetos públicos, como o agente do corpo político que há de efetuar a sua soberania e realizar a sua vontade. O seu emprêgo é uma mera instituição civil, estabelecida para objetos políticos e públicos, e pode ser regulamentada ou alterada pela sociedade.*

Sendo uma simples criatura da Lei, *ele não detém o seu emprêgo por contrato*, os seus deveres mudam com a mudança da lei, e, por conseguintemente, o salário pode ser diminuído ou mesmo suprimido durante o exercício do cargo (*State v. Dews, R. M. Charl, 397; People v. Auditor, 2, III, 537; Barker v. Pittsburg, 4 Penn, 49; Connet v. New York, 2 Sandf, 355; Benford v. Gibson, 15 Ala, 521; Butter v. Pennsylvania, 10 How, 402; Sat v. Smedes, 26, Miss, 47; Conflin v. State, 7 Ind. 157; Hall v. State, 39 Wiss 79; Hyde v. State, 52 Miss 665; Gilbert v. Commissioners, 8 Blackf, 81; Turpen v. Commissioners, 7 Ind, 172; Commissioners v. Bacon, 6 S. & R., 322; Haynes v. State, 3 Humph, 480; People v. Burrows, 27 Barb. 89; Farwell v. Rockland, 62; Me, 296; Denver v. Hobart, 10; Nev, 28; Phillips v. Mayor, 1; Hilt, 483; Iowa City v. Foster, 10, Iowa, 189; Gilbert v. Commissioners, 8, Blackf, 81; People v. Devlin, 37, N.Y. 269; Swam v. Burk, 40, Miss, 268; People v. Lippincot, 67, Hill, 333; Walker v. Durham, 17, Ind, 483; Wlaker v. Peele, 18, Ind, 264; Territory v. Pyle, 1, Oregon, 149; e Bryan v. Cattell, 15, Iowa, 538*).

Fulminando a doutrina contratual, o Acórdão, de que fui relator, se inspirou nos ensinamentos dos mais notáveis Mestres e seguiu a jurisprudência das nações que mais se têm avantajado no estudo das ciências administrativas.

A situação jurídica do empregado público é exclusivamente *legal*; os seus direitos e deveres resultam das leis e regulamentos pelos quais se rege o respectivo serviço.

\* \* \*

O segundo fundamento da pretensão dos Oficiais do Exército e da Armada, ainda é mais improcedente, porquanto a *irredutibilidade* dos vencimentos não é uma vantagem inerente aos postos e patentes; é uma garantia concedida exclusivamente ao Poder Judiciário, o qual, tendo competência para impedir os efeitos dos atos ilegais do Poder Executivo, e das leis inconstitucionais, que causarem danos patrimoniais aos indivíduos, não pode prescindir dessa garantia, para não ser *castigado*, quando cumprir o seu dever, assegurando o direito individual contra os atos arbitrários dos outros dois Poderes.

A Constituição Federal, no artigo 57, cogitou apenas dos *magistrados federais*; mas a jurisprudência do Supremo Tribunal, atendendo ao supracitado fundamento da garantia da irredutibilidade dos vencimentos, firmou a doutrina no sentido de estar essa garantia incluída entre os *princípios constitucionais* que os Estados são obrigados a respeitar nas suas organizações, ex-vi do artigo 63 da Constituição Federal.

A aludida jurisprudência sanou entre nós uma lacuna de que se ressentia a União Americana, onde, em regra, as magistraturas locais estão inteiramente à mercê dos caprichos da politicagem.

E' mansa e pacífica a jurisprudência, que fulmina de inconstitucional a taxação dos vencimentos dos magistrados, estando compreendido na isenção até mesmo o sôlo de nomeação.

Essa jurisprudência, além de se apoiar em precedentes americanos, é perfeitamente defensável no terreno doutrinário, porquanto uma das objeções que os adversários do imposto sobre subsídios e vencimentos alegam contra o seu estabelecimento, é justamente a de *"ser equivalente a uma verdadeira redução dos vencimentos, muito prejudicial ao serviço público, em consequência da tentação a que ficam expostos os empregados, quando não são suficientemente retribuídos"*. (VIVEIROS DE CASTRO — *Tratado dos Impostos*, página 390).