

Pensamos ter, no apoucado das nossas fôrças, abordado assuntos palpitantes nos processos de inventário e que estavam sendo conduzidos por caminhos errados.

Se êsse esbôço concorrer de qualquer sorte para o melhor esclarecimento dos nossos Juizes, o seu autor se sentirá amplamente recompensado.

## A SITUAÇÃO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS PERANTE O ESTADO. A TESE DO DIREITO ADQUIRIDO E A EXPECTATIVA DO DIREITO. TEORIA DO DIREITO POTENCIAL

BENEDICTO BARROS  
Advogado da PDF

I. No tumultuar dos ensinamentos que gravitam no campo do direito administrativo, avulta e sobrenada a tese que deve regulamentar as relações de funcionários com o Estado.

Esta matéria mereceu sempre a atenção dos pensadores e, já no velho direito romano os seus jurisconsultos classificavam o direito do funcionário como precário, baseado nas premissas de que o Imperador sempre concede emprêgo como mero favor e, assim como outorgava, podia livremente cassá-lo, sem que daí nascessem quaisquer obrigações estatais.

A *locatio conductio operarum* concretizava a velha fórmula romana, onde os direitos do funcionário se agrupavam exclusivamente na recompensa de uma retribuição ou vencimento.

Passaram os anos, mudaram-se os regimes governamentais, germinaram novas idéias, mas sempre, no conjunto dos sistemas jurídicos dominantes, mereceu realce o estudo das relações e dos direitos dos funcionários com o Estado.

A teoria do mandato, nascida na doutrina francesa, em contrário à teoria da locação de serviços, mais de origem alemã, foram princípios que adquiriram formas e adeptos entre os estudiosos. Por sua vez, o contrato de adesão teve, também, seu período de fascínio; mas essa teoria, com tôdas as demais, foi colocada no ostracismo, em virtude de regras mais condizentes com a realidade.

Nossos juristas não desprezaram o estudo desta matéria e são de nossa região os ensinamentos de JOSÉ HIGINO, admitindo o contrato de direito administrativo (*Rev. For.*, vol. II, pág. 16), ou ainda como um contrato inominado, ou institucional, como quer a

classificação de PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição*, vol. IV, pág. 144).

A verdade, porém, é que as doutrinas que atribuem a relação jurídica entre o Estado e o Funcionário, cederam lugar, de há muito, à chamada doutrina estatutária, entendida em seus devidos termos, segundo a qual as condições vigentes ao tempo da investidura do funcionário no cargo podem ser alteradas, sem que se considere ferido qualquer direito subjetivo do servidor que o ocupa.

Acordes em que a situação do funcionário pode ser modificada pelo legislador, são as opiniões de RAFAEL DE BIELSA (*Derecho Administrativo*, 1947, Tomo II, págs. 102 e 155), apesar de partidário da existência, na espécie, de um *contrato de direito público* (ob. cit., e “Estudios de Derecho Público”, *Derecho Administrativo*, 1950, pág. 15); BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO (*Derecho Administrativo*, 1951, vol. III, pág. 580); J. M. RUIZ Y GOMES (*Principios Generales de Derecho Administrativo*, 1935, pág. 80); A. LENTINI (*Instituzioni di Dirritto Amministrativo*, 1939, vol. I, parte geral, pág. 591); R. BONARD (*Précis de Droit Administratif*, 1935, pág. 367); P. STAINOF (*Le Fonctionnaire*, 1932, pág. 63); FRANCISCO CAMPOS, parecer, *in Rev. Dir. Adm.*, vol. I, pág. 273; MÁRIO MASAGÃO, parecer, *in Rev. e vol. citados*, pág. 693; ALCIDES CRUZ (*Direito Administrativo Brasileiro*, 2.<sup>a</sup> edição, 1941, pág. 100); D. A. LÚCIO BITTENCOURT, parecer, *in Rev. For.*, vol. 93, pág. 309; TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI (*O Funcionário Público e seu Estatuto*, 1940, pág. 279); CARLOS MAXIMILIANO (*Comentários à Constituição*).

Até na Inglaterra, onde a doutrina contratual tem raízes profundas, o domínio do princípio estatutário se faz sentir, pois, a lei pode sempre modificar os direitos dos funcionários, conforme nos infôrma, em obra recente, P. M. GAUDEMET (*Le Civil Service Britanique*, 1952, pág. 72).

A doutrina francesa tem, para nós, neste particular, significação especial, porque nela é que se vem inspirando nossa jurisprudência. São encontradiços nos acórdãos os mesmos argumentos e invocada, a todo momento, a autoridade de seus defensores.

#### *A situação do funcionário perante o Estado*

II. Duas premissas de capital importância alicerçam o estudo dêste problema. De um lado, o regime político dominante e de outro a teoria que situa o servidor público em face à coletividade.

As relações do funcionário com o Estado variam, conforme seja o Poder Público enquadrado como Estado forte ou liberal. Quando o Estado é autoritário, suas decisões são impostas coercitivamente: o direito do funcionário tornou-se em escala menor. Ao contrário, se o Estado é liberal, adota uma orientação menos severa e o direito do funcionário aumenta em relação à relevância com que o Estado examina suas pretensões.

Por outro lado, quando se admite que o Estado deve proteger o servidor, ou quando se toma por base o princípio de que o servidor se destina a servir à coletividade, essa dualidade de orientação faz variar o direito do funcionário em relação ao Estado.

Estes dois princípios impedem que as regras dominantes num Estado sejam adotadas por outros, pois cada orientação está em íntima dependência com os preceitos políticos que vigem o regime.

Não é assim possível admitir num Estado a teoria de outro país, para torná-la aplicável, pois essa matéria é flutuante, não possibilitando o uso de uma tese que domina num país para aplicação em outro, onde o meio seja diferente.

Concluindo, verifica-se que não se pode estudar as relações de funcionário com o Estado senão dentro dos princípios que dominam em cada Estado, variáveis êstes de acôrdo com as premissas dominantes em seu sistema político.

Para um enquadramento em nosso país da fórmula dominante, temos de examiná-la, única e exclusivamente, dentro do nosso regime, seguindo as orientações de nossos juristas e principalmente frente às lições de nossos julgados.

#### *O problema em nosso país*

III. Entre nós, a manifestação mais positiva da teoria estatutária se galvaniza nos preceitos jurisprudenciais que são, na realidade, a fonte primeira do nosso direito administrativo. Consolidam-se nos acórdãos tôdas as teses que dominam no terreno prático e que exercem influência na orientação dos nossos pensadores.

Realmente, assim é o acórdão do nosso Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro VIVEIROS DE CASTRO, que versou, pela primeira vez, em nossos Pretórios, o princípio estatutário:

“A situação do emprêgo, à época da nomeação, não fica imutável em proveito do empregado; continua regida pelas leis e pelos regulamentos que podem ser modificados legal e regularmente, sendo o

funcionário obrigado a sujeitar-se a essas modificações, salvo se preferir solicitar sua demissão" (*Rev. For.*, vol. 53, pág. 19).

Paralelamente a êsse princípio está a lição dos nossos Pretórios:

**DISTRITO FEDERAL:** "O Direito do funcionário de carreira é o de não ser preterido. Mas a lei pode alterar as carreiras, suprimindo classes ou vagas, sem ferir direito adquirido à promoção" (Ap. Cível n.º 5.237, *in Rev. Dir. Adm.*, vol. 26, pág. 88).

"A relação jurídica entre o Estado e o Funcionário deixou de ser contratual para tornar-se legalmente estatutária. As modificações vigentes ao tempo da investidura do funcionário, quanto ao cargo ou à carreira, podem ser alteradas sem ofensa a qualquer direito subjetivo" (*Rev. Dir. Adm.*, vol. 24, pág. 72).

"Assim, é sabido que as antigas doutrinas que atribuíam a relação jurídica entre o Estado e o Funcionário, em caráter contratual, de há muito, cederam lugar à chamada teoria estatutária, entendida esta em seus devidos termos, segundo os quais as condições vigentes ao tempo da investidura no cargo ou na função podem ser alteradas sem que se considere ferido qualquer direito subjetivo do servidor que o ocupa" (Ac., 21-11-1949, do Trib. Pleno).

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO:** "É doutrina dominante que a relação de emprêgo é estatutária; os direitos do servidor estão firmados na lei e não em contrato" (*Rev. Dir. Adm.*, vol. 13, pág. 229).

"As relações jurídicas entre o Estado e o Funcionário não são de natureza contratual, mas decorrentes de estatuto legal, alterável por ato unilateral do Estado, de acôrdo com as condições impessoais do interesse público" (*Rev. Dir. Adm.*, vol. 23, pág. 142).

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL:** "O Estado pode reorganizar seu serviço público. Inexiste em relação a funcionário direito adquirido" (*Rev. Direito Adm.*, vol. 9, pág. 183).

"O interesse público pode exigir a qualquer tempo modificação no seu serviço e sua necessidade não deve encontrar peias num suposto direito adquirido por parte de seus agentes, a não ser que a lei expressamente declare o contrário" (*Rev. Dir. Adm.*, vol. 9, pág. 183).

#### Teoria estatutária

IV. A teoria estatutária dominante nos nossos Tribunais adquire maior relevância diante dos ensinamentos do nosso Supremo Tribunal Federal:

"A relação jurídica que une o funcionário ao Estado desprende-se dos liames contratuais para incorporar-se ao acervo de regime estatutário que domina na atividade do Estado.

Dentro dêsse quadro, a ação do Estado desenvolveu-se no interesse público e os direitos dos funcionários às vantagens da carreira foram subordinados às prescrições legais, alteráveis ao arbítrio do legislador, sem que possam ser apontados direitos que se não constituíram definitivamente" (*Rev. Dir. Adm.*, vol. 3, pág. 244).

Lição conclusiva, neste entendimento, é a opinião de OROSIMBO NONATO:

"A situação do funcionário não é contratual. É regulamentar, subordinados seus direitos aos fins públicos de sua função, e o Estatuto é o regulamento que baliza o alvedrio do governante e oferece as demarcações das garantias e proveitos do funcionário" (*Rev. Dir. Adm.*, vol. 4, pág. 163).

E mais recentemente ainda:

"A subordinação do funcionário a um *status*, isto é, a uma situação subjetiva geral e impessoal, legal e regulamentar, no sentido técnico dessa expressão, consoante o conceito de PLÍNIO BARRETO, lembrado na sentença de fls., impediu a formação de direito adquirido, conforme em casos semelhantes e tendo o ousio de adversa opinião de PHILADELPHO AZEVEDO, sustentei alentado no magistério de ESPÍNOLA" (*Rev. For.*, vol. 136, pág. 419).

"É princípio que as relações jurídicas entre o Estado e o Funcionário não são de natureza contratual, mas decorrentes de estatuto legal, e, assim, alteráveis por ato unilateral do Estado, de acôrdo com o interesse público" (*Rev. For.*, vol. 136, pág. 147); ou que a situação constante do *status* legal, que pode sempre ser modificado pela lei nova *in futurum* (*Rev. For.*, vol. 70, pág. 550) marca, de forma indelével, na carreira pública, o domínio da teoria estatutária".

V. O Funcionário, no moderno direito administrativo, tem o direito que se encontra na lei vigente e que pode ser alterado, modificado, acrescido ou diminuído. E é justamente aquêle direito que se integra na lei em vigor que rege sua atividade.

Assim, a teoria estatutária é o princípio que domina na técnica jurídica moderna. O funcionário público tem os direitos que se resguardam nos textos legais em vigor. O legislador ou o Poder Público, em geral, pode a qualquer momento alterar situações de

servidores públicos, pois sempre se admite que esta alteração foi motivada em virtude de existências de interesses coletivos.

“A situação do Funcionário Público em relação ao Estado não é contratual e sim regulamentar, consequência de um Estatuto legal. Desde que não fira direito adquirido no que diz respeito à segurança no exercício do cargo ou ao processo para perda da função, pode o Estado alterar e modificar no interesse público as relações de emprego” (LAFAYETTE DE ANDRADE, Mandado de Segurança n. 174, de 25-5-1953).

#### *Direito Adquirido*

V. Em face à teoria estatutária dominante no nosso direito, ficam restritos, em suas várias formas, os direitos dos funcionários perante o Estado. Se este pode a qualquer momento alterar a relação de emprego, qual será, no entanto, o direito que os funcionários adquirem? Dentro da soma de regalias que a Sociedade concede ao servidor público, qual será ou quais serão aqueles direitos que se afirmam como integrados no patrimônio do servidor?

A tese alcunhada de direito adquirido tem sido entre nós motivo de meditação. Em princípio, não se pode admitir direito adquirido frente ao Estado, pois, sua aceitação seria incoerência, ante a exegese consubstanciada na teoria estatutária.

Direito adquirido, na linguagem jurídica, é aquele que se integrou no patrimônio do servidor e do qual não pode mais o Estado retirá-lo.

Mas, sabendo-se que o direito do funcionário é aquele que se encontra na lei vigente, alterável por ato unilateral do Estado, desde que o interesse coletivo assim o exija, este direito, que se galvaniza na lei, não representa para o servidor um direito adquirido. Para admitirmos que haja direito adquirido, temos de aceitar a teoria contratual, na qual as vantagens e benefícios que o servidor tem, surgidos à época de sua nomeação, o acompanham durante todo o perpassar de sua carreira pública.

Entretanto, esta fórmula se choca com a idéia dominante na teoria estatutária. Realmente, por ela, o funcionário tem um direito que não se integra no seu patrimônio e que vive somente enquanto permanece em vigor a lei que resguarda esse direito.

“A verdade verdadeira é que o direito adquirido do funcionário só se coaduna com a teoria contratual da função pública. Neste caso,

tenha-se a coragem da coerência e não se permita ao Estado reduzir vencimentos, aumentar atribuições, modificar competências, negar licenças, etc. Enfim, dê-se ao funcionário a posição jurídica de contratante face a contratante, dêle podendo exigir o respeito e o integral cumprimento das condições pactuadas quando aceitou o cargo” (ODILON DE ANDRADE, *in Rev. For.*, vol. 70, pág. 470).

Sobre o direito adquirido do funcionário público, assim se manifestava, em dias do passado, EPITÁCIO PESSOA:

“Pretender que o funcionário público, qualquer que seja, tem direito a todas as vantagens insertas nos regulamentos ao tempo em que fôra nomeado, é, ou tornar intangíveis esses regulamentos e paralisar quase a administração pública, ou criar no país, nas mesmas repartições e nas mesmas categorias, tantas classes de empregados com direitos diferentes, quantas forem as modificações porque passarem os regulamentos. Uma vez admitido tal critério, as leis, sejam quais forem as condições do Tesouro ou o Estado dos serviços públicos, não poderão mais extinguir repartições, suprimir simples postos de acesso, diminuir vencimentos, abolir gratificações, ampliar o prazo de aposentadoria, elevar a contribuição do montepio, estabelecer novas condições de promoção, estatuir sobre penas administrativas, demissão, normas de serviço, etc., etc., sem ressaltar a situação dos funcionários nomeados no regime anterior.

Ao cabo de alguns anos e de algumas reformas, poderemos bem imaginar como será difícil, complicado e inoperativo o funcionamento da máquina administrativa” (*Rev. For.*, vol. 35, pág. 291).

Com a mesma coerência, entendia PIRES DE ALBUQUERQUE, quando honrava nosso Supremo Tribunal Federal:

“Se a lei pode alterar a organização e o estipêndio dos cargos públicos, não há como admitir que esta organização e este estipêndio, enquanto dependentes de uma condição alterável no arbítrio de terceiros, possam constituir direitos adquiridos” (*Rev. S. T. F.*, vol. 92, pág. 660).

Em conclusão, o funcionário público em sua relação com o Estado não tem, frente à teoria estatutária, qualquer direito adquirido.

VII. Em contrário a esse pensamento, grupam certos autores defendendo critério diferente, arrimando-se, antigamente, nas leis civis, e, hodiernamente no texto constitucional: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 141, § 3.º). A verdade, como nos diz PONTES DE

MIRANDA, é que o preceito acima é do âmbito do direito privado: depois da Constituição de 1934, as definições intercontidas não foram parte do direito constitucional, como não foram antes; constituíam fixações de direito não constitucional, que o legislador ordinário adotou e que serviam para explicitar os termos empregados pelo art. 113, § 3º, enquanto o próprio legislador ordinário não os alterasse e até onde não se apartam do que é possível seja explicitado, hoje, art. 141, § 3.º" (*Comentários à Constituição de 1946*, pág. 210).

Por outro lado, se não se reconhece o direito adquirido, como, pois, admitir a sua proteção? Poder-se-ia aceitar, em relação ao servidor público, um direito adquirido quando, frente às leis vigentes, cumprisse o funcionário as condições de fato para alcançar a regalia ou benefício galvanizado no texto dominante. Ao invés, no entanto, de denominar êsse direito, de adquirido, preferimos chamá-lo simplesmente de direito vigente.

#### *Expectativa de direito ou direito potencial*

VIII. Negando-se ao servidor público, frente ao Estado, um direito adquirido, não se nega, entretanto, que o mesmo tenha direitos. O direito do funcionário é aquêle que se efetiva na lei vigente.

Confundem, alguns de nossos estudiosos, direito do servidor com expectativa de direito. Expectativa — sòmente podemos chamar a possibilidade que tem o servidor público de alcançar, num porvir distante, pelo cumprimento de condições especiais, uma certa posição, ou uma determinada regalia.

— Exemplificando: a expectativa de direito, no caso de sua futura aposentadoria ou de promoção.

No primeiro caso, o funcionário tem uma expectativa de direitos de ser aposentado quando cumprir aquelas condições que a lei lhe impõe para reconhecer êsse direito. Enquanto não cumprir aquêles requisitos essenciais não alcança êsse direito — tem aqui uma expectativa de direito. O mesmo se dá em relação à promoção. O funcionário de carreira tem a expectativa de direito de alcançar o grau mais elevado de sua carreira, mas o direito a êsse último padrão só lhe é devido quando, pelas circunstâncias de fato, cumprir as exigências legais impostas. Antes de ser promovido ao último grau da carreira, tem mera expectativa de direito.

Na realidade, essa expectativa de direito se resume numa possibilidade de, frente à lei em vigor, alcançar uma determinada posição ou situação.

O direito que o funcionário tem em relação ao Estado é um direito potencial; é o direito que êle só alcança quando cumpre as condições que a lei determina e, cumpridas estas, poderá pedir e requerer que êsse direito lhe seja atribuído.

Se determinado funcionário público, por antiguidade, tem direito a uma determinada promoção, e ocorre a vaga, êsse é um direito que pode ser exercitado para que se lhe reconheça como titular dessa vaga. Aqui, não há expectativa de direito, como erradamente pensam alguns de nossos juristas, mas direito efetivo, real, uma vez que aquelas condições necessárias à sua aplicação se realizaram: possuir maior antiguidade e existir vaga.

Ao invés de denominar-se o direito que o funcionário tem em relação ao Estado, como de expectativa de direito, que, na realidade nada exprime, preferimos a alcunha de *direito potencial*.

Este é um direito que o funcionário poderá requerer, frente aos princípios legais em vigor, desde que cumpridos os requisitos que as normas legais determinam para a concessão dêsse mesmo direito. É potencial porque não se exercita enquanto aquelas circunstâncias de fato não ocorrem; mas desde que as mesmas aparecem integradas no servidor, êsse direito é absoluto. Aqui confunde-se e se integra no âmbito do próprio direito adquirido, sem, no entanto, adquirir aquela instabilidade.

O direito do funcionário é, em conclusão, o que se galvaniza na lei vigente, em estado potencial e só exercitável quando as condições impostas se ajustam ao servidor.