

ticas em vias de extinção, e tantas outras medidas de restauração do meio ambiente para o reencontro do equilíbrio ecológico e renascimento da vida animal e vegetal, de que depende a sobrevivência da humanidade.

Essas providências estatais para recuperação do meio ambiente destruído ou degradado são mais de incentivo ao administrado que de polícia administrativa, preventiva ou repressiva, pois o Poder Público só conseguirá os seus objetivos restauradores através do beneficiamento das propriedades particulares, o que indiretamente e de futuro irá refletir-se no bem-estar da coletividade.

Todavia, cabe ao Poder Público editar normas impositivas de restauração do meio ambiente destruído ou degradado, para recomposição da Natureza até onde for possível essa restauração; mas é indubitável que tais normas devem vir acompanhadas de apoio técnico e financeiro do governo, para que o particular possa atendê-las no tempo e nas condições necessárias à sua eficiência. Tais normas e providências competem preferentemente à União, dado o predominate interesse nacional, mas podem ser supridas ou complementadas por disposições e medidas regionais e locais dos Estados-Membros e Municípios particularmente interessados no assunto.

No âmbito local, notadamente na área urbana e suas adjacências, o Município pode impor, por lei, a restauração de elementos destruídos e a recomposição de áreas escavadas em atividades extrativas ou construtivas, como ocorre na exploração de areia, argila, cascalho, e na abertura de estradas com cortes e aterros, que tanto desfiguram a paisagem natural como alteram o relevo do solo, deixando abertas verdadeiras crateras no perímetro urbano e em seus arredores, com malefícios de toda ordem para a comunidade.⁵

5. No RE 73.876-SP, julgado em 6.3.1974, o STF reconheceu à Municipalidade de S. Paulo o poder de regular a escavação em margem de rio, na área urbana, para a retirada de areia e outros minérios, com a exigência de recomposição do meio ambiente, caução prévia para expedição do alvará e multa por sua infringência.

CONVENIÊNCIA NA ADOÇÃO DE REGIMES JURÍDICOS MISTOS PARA SERVIDORES PÚBLICOS. O CONTRATO DE TRABALHO ADMINISTRATIVO E SUAS IMPLICAÇÕES

LEÔNIDAS CARDOSO DE MENEZES
Procurador do Estado

I — INTRODUÇÃO. — Serviço público, função pública e funcionário público. — Sua complexidade. — O direito positivo. — Relevância do temário.

A Carta Magna vigente (Emenda n.º 1/69, art. 106) dispôs que os servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou contratados para funções de natureza técnica especializada, terão o seu regime jurídico regulado por *lei especial*.

2. Fê-lo diferentemente das que lhe antecederam, sem dúvida para atender ao próprio serviço público, que, tanto quanto qualquer outra atividade, se sujeita aos princípios da dinâmica social, transmudando-se no tempo por força de novos e dilargados processos da evolução humana, diante dos quais o Estado se não pode quedar inerte.

3. Curioso, todavia, é que, apenas há dois anos antes, a Constituição Federal de 1967, pelo seu artigo 104, deixara inquestionavelmente definido o regime jurídico daqueles servidores, mandando-lhes aplicar a legislação trabalhista.

4. Se, sobretudo em apoucadíssimo lapso de tempo, andou bem, ou não, o constituinte em indefinir o que estava definido, remetendo a matéria para uma regulação *especial*, é assunto que abre e abrirá campo a uma interminável liça doutrinária, quer porque assim o fez, quer pela origem ou competência, quer finalmente pelo conteúdo (*ratione materiae*) da norma a ser editada.

5. Caracterizando-se por uma notável complexidade, o serviço público, em sua idéia-força, bem justifica, como todo fato social, a existência de uma enorme variedade de doutrinas, buscando explicar o seu conceito básico.

6. Com efeito, relacionando-se com todas as áreas da atividade humana, o Estado, mesmo nas sociedades de cunho remarcadamente liberal, não despreza a sua participação interventora, o que levou RAYMOND BARRE, professor da Universidade de Toulouse, a elaborar, com indistigável reflexo gradativo, a tipologia da intervenção estatal em intervencionismo liberal, planejamento supletivo, planejamento parcial e planejamento integral ou compulsório.

7. As inúmeras teses explicativas da noção de *serviço público*, quer se origine de concepção negativista (BERTHÉLEMY), liberal (STUART MILL), intitucional (HAURIOU), dualista (ROLAND e WALLINE), quer tenham em mira as necessidades públicas (SAX e MAZZOLA), a produção (WAGNER-DE VITI), a utilidade pública (GLAESER), quer, finalmente, advenham da escola intervencionista (BRANDÃO CAVALCANTI), têm servido apenas para estimular o debate, pondo-o muito aceso e ao sabor dos estudiosos, a estes induzindo, pela natural tendência que o fenômeno social propicia, a caminhos e a ilações diversas.

8. Ora, se intrincada e assaz discutida a concepção da idéia-força, óbvio é que tudo, que a ela se filia, se não mostra simples ou de fácil aceitação. Tal é o que se verifica quando se pretende fixar a noção de *função pública* e de *funcionário público*.

9. *Serviço público, função pública e funcionário público*, se bem que com interseções, são expressões que se não confundem.

10. Segundo BIELSA (1), o serviço participa da formação da função pública, e tem como condição necessária para a sua existência, um outro elemento, qual seja

“*el encargo o una delegatio que se instituye en principio por la ley, y se atribuye por un órgano o un funcionario superior en el orden jerárquico em ejercicio de sus facultades legales.*”

e cita, como exemplo, o artigo 240 do Código Penal argentino (artigo 301 do Código de Processo Penal brasileiro), segundo o qual o particular acidentalmente exercita uma função pública (*stricto sensu*) quando, representando o Estado, se reveste de autoridade para prender um indivíduo em flagrante delito.

11. Neste particular, é de se salientar a visão ampla de MONTMARTINI (2), para quem o conceito de *função pública* se envolverá

(1) *Derecho Administrativo*, 6ª ed., tomo III, págs. 2/3.

(2) *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, 2ª ed., Milão, pág. 33.

sempre com a fórmula política escolhida, ou ainda no dizer de JEZÉ (3): “L' intention des gouvernants est seule à considererr.” Na melhor orientação da ciência jurídica: mutável no tempo e no espaço, consoante o direito positivo e a política vigente de cada sociedade organizada.

12. As relações entre o Estado e os indivíduos arregimentados para realização de suas atividades trazem, portanto, os gens da complexidade, mesmo que se tomem em conta as advertências dos citados autores, isto é, ainda avaliadas dentro de um determinado contorno político-jurídico-administrativo eleito.

13. De qualquer sorte, o que é importante destacar, sem embargo de permanecer a controvérsia nos seus traços conceptuais, é a relevância jurídica que a lei lhes dá.

14. O tema se oferece dúplice: a) diz, na sua primeira parte, da conveniência e, implicitamente, da não-conveniência, de adoção de regime jurídico misto para servidores públicos; e b) na segunda, reporta-se ao contrato de trabalho administrativo e às suas implicações.

15. Conveniência metodológica, segundo pensa o autor deste trabalho, faz inverter aqui a ordem temática. Estudar-se-á inicialmente o problema do contrato administrativo, levando-se o aspecto da conveniência para a parte final, com as conclusões a que se chegou.

16. Adiante-se, contudo, que, a par da sua mais alta importância para a administração pública, todo o temário indicado para o estudo do artigo 106, da Carta Magna é por demais fascinante, máxime para aqueles que, no dia-a-dia, se vêem às voltas com os problemas das atividades estatais, mesmo quando não circunscritos à área de pessoal.

II — O CONTRATO DE TRABALHO ADMINISTRATIVO E SUAS IMPLICAÇÕES. — Obrigações (generalidades). — O grande campo do *jus civile*. Locação de serviços. — O contrato de pessoal no direito administrativo. — O “cheque em branco” do artigo 106 da Constituição Federal.

17. A todo direito corresponde uma obrigação e, reciprocamente, inexistente obrigação sem um direito equivalente. É aforismo do direito romano que *jus et obligatio sunt correlata*, daí por que, em sentido lato, a obrigação é a *antítese* do direito.

18. Tecnicamente, vale dizer, *stricto sensu*, a obrigação se caracteriza pela instituição de um vínculo de uma pessoa a outra, mediante

(3) *Les principes généraux du droit administratif*, III, pág. 16.

manifestação de vontade ou da norma jurídica, traduzindo sempre uma determinada prestação (*dare, facere, non facere*), que é o seu objeto ou conteúdo.

19. Sem preocupação de se prolongar pela extensa vereda de sua definição, desde a clássica adotada pela Institutas — "*obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis iuris*" — pode-se afirmar, na predominância consensual dos autores, que os elementos constitutivos da obrigação se resumem basicamente em: a) sujeito ativo (credor); b) sujeito passivo (devedor); c) objeto ou conteúdo (prestação de dar, fazer, ou não fazer); e d) vínculo jurídico (relação que se estabelece pelo consentimento das partes ou *ex-vi-legis*).

20. No respeitante ao primeiro dos elementos, entende-se, em princípio, que qualquer pessoa, maior ou menor, capaz ou incapaz, nacional ou estrangeira, pessoa jurídica, civil ou comercial, de direito público ou privado, de fins econômicos ou não, pode ser sujeito ativo da relação obrigacional. Dir-se-á o mesmo quanto ao sujeito passivo.

21. O terceiro é o elemento *material* da obrigação, porque diz da prestação, representada por aquilo que, de modo positivo ou negativo, o devedor tem de satisfazer ao credor, e este o direito de exigir daquele. A prestação necessita ser: a) possível, isto é, física e juridicamente, sobrelevando aí a regra de que a impossibilidade da prestação implica em invalidez da obrigação — *ad impossibilia nulla obligatio (nemo tenetur)*; b) lícita, ou seja, de conformidade com a moral, a ordem pública e com os bons costumes; e c) apreciável economicamente ou de avaliação pecuniária.

22. Finalmente, a vinculação jurídica, de natureza transitória, atando as partes, quer pela manifestação de vontades, quer em virtude de asselemento da lei.

23. Ora, fonte genetriz das mais notáveis no direito das obrigações é indubitavelmente o contrato, que, na conciliação de interesses colidentes, tem "nobre função civilizadora", na feliz expressão de CLOVIS BEVILAQUA (4).

24. Relação pessoal, com fins e efeitos eminentemente patrimoniais, o contrato, na conceituação moderna dominante, pode ser definido como um ajuste que representa o encontro de declarações de vontade, tendo por finalidade constituir uma obrigação.

25. O grande campo da ciência jurídica é, sem dúvida, o *jus civile*, com os seus institutos trespassando o tempo, servindo fundamentalmente aos diversos ramos do direito. Mas, nem por isto tais institutos deixam de sofrer as influências das peculiaridades de cada rami-

(4) **Direito das Obrigações**, 4a., ed., 1936, pág. 154.

cação, para mais ou para menos na sua conceituação, apresentando por vezes conotações distintas, até por força do próprio direito positivo.

26. O contrato administrativo, tanto quanto os demais, desprende-se da órbita das obrigações, por isto que oferece também elementos comuns ao contrato de direito privado. Para o seu valimento se exige, portanto, mútuo consentimento, capacidade dos agentes, objeto lícito e possível e forma prescrita em lei. Guarda, como se observa, o porte e os princípios basilares do direito privado, mas é evidente que traz coloração predominante e própria do direito público.

27. Ninguém discute que o Estado, muitas vezes, participa de relações com igualamento ao indivíduo sujeitando-se, em tais ocasiões, aos preceitos da ordem jurídica privada. São casos típicos em que se não acha em jogo o interesse público.

28. Jungido à fenomenologia da atividade pessoal, o contrato de locação de serviços nada mais é senão, que um acordo em razão do qual uma pessoa presta certos serviços a uma outra, mediante certa remuneração. Vale dizer, em que uma pessoa trabalha para outra, debaixo de um comando ou orientação, recebendo, pelo trabalho efetuado, uma paga previamente estipulada.

29. *A contrario sensu*, sobrepostas as razões de ordem pública, vale-se o Estado do direito administrativo, que passa então a regular as suas relações com o indivíduo.

30. Acentua FONTES DE MIRANDA (5) que parte do direito civil se torna "publicizado", se não confundindo, quando assim ocorre, com o direito privado nas hipóteses em que este rege as relações entre Estado e indivíduos. E conclui que "ao lado de contratos civis, há contratos administrativos, que pertencem ao direito público. Naqueles, o direito público não teria cabimento; nesses, o direito civil, como tal, seria estranho".

31. GASTON JÉZE (6), com a sua festejada autoridade, dá de modo adequado as condições essenciais do contrato administrativo: a) ajuste de vontades entre a administração e o particular; b) que o seu objeto seja uma obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou de serviços pessoais, mediante uma remuneração; c) o funcionamento de um serviço público é a finalidade da prestação por parte do indivíduo; e d) as partes, por determinação expressa, quer no próprio contrato, quer pelo trabalho a ser prestado, ou ainda pelos preceitos da lei vigente, submetem-se ao regime jurídico especial do direito público.

(5) **Comentários à Constituição de 1946**, 1960, tomo I, pág. 148

(6) **Contrats Administratifs**, I, pág. 16

32. Em outras palavras: de um lado, sem embargo da bilateralidade do ato, irroga-se esse regime jurídico especial e, de outro, o particular a ele se subordina e com ele se contenta, voluntariamente renunciando às normas do direito comum ou do direito do trabalho para a proteção de sua relação jurídica de direitos e obrigações.

33. O interesse público, nessas hipóteses, leva o Estado a atuar *jus imperii*. Há-de se concluir, então, com OTTO MAYER, quando rebate os excessos da corrente privatista: o Estado, pelo fato de se igualizar com o particular no cumprimento das obrigações assumidas, se não desfez de suas prerrogativas de pessoa de direito público (7).

34. Assinala SEABRA FAGUNDES (8) que se tem

“negado ao contrato a qualidade de ato administrativo, pelo argumento de que é ato de Direito Privado. Mas, nem pela sua submissão, apenas relativa, ao Direito Privado, deixa ele de ser ato praticado através da Administração e, como tal, administrativo (Mario Gallo, ob. cit., pág. 228, n.º 84). É verdade que se trata de ato misto, do Estado e do particular. Mas, não há como lhe dar, só por essa razão, o caráter privado e negar-lhe o administrativo, sem dúvida prevalecte, pois que o contrato com a Administração Pública apresenta sempre alguma diversidade de regime jurídico se comparado com os particulares.”

35. LAFAYETE PONDÉ proclama que

“a jurisprudência tem reiteradamente declarado a autonomia do seu conceito — referindo-se ao contrato administrativo — como ato de direito público, submetido aos preceitos deste campo jurídico, preceitos que lhe regulam já a validade das vontades contratantes, já o seu objeto, ou o seu efeito jurídico.”

36. E após enumerar diversos acórdãos dos nossos tribunais, o renomado autor arremata em lapidar lição:

“Quando o ato da pessoa de direito privado seja requisito da validade ou da eficácia da atividade administrativa, ele próprio cai sob o regime jurídico regulador dessa validade ou dessa eficácia.” (9)

(7) *Droit Administratif Allemand*, I, pág. 176

(8) *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., pág. 55.

(9) *In Rev. Dir. Adm.*, vol. 63, págs. 19/19 e 29

37. Poder-se-á redarguir que as relações de direito público são ordenadas por disposições unilaterais do Estado. De qualquer modo, torna-se indispensável (*conditio sine qua non*) para a validade do contrato administrativo — tanto quanto para a investidura do funcionário público (acepção restrita) e para a aceitação da relação empregatícia do direito trabalhista — o expresso consentimento do particular.

38. No fundo — ou como diriam os praxistas, e sem qualquer lampejo de doutrinação socialista — o que ocorre, no milenar dos anos, é a adesão do *menos ao mais*, do *menor ao maior*, que forçado pela necessidade do trabalho, qualquer que seja o regime que se lhe ordene as relações, termina por aceitar as condições que lhe são impostas. Adere, e o faz, pelo menos na oportunidade primeira, *sicut lepra cuti*. É bem verdade que o direito contemporâneo, na abrangência do regime estatutário ou do regime laborista, tem regulado o seu conteúdo, máxima parte, por normas expressas, resguardando direitos e interesses dos que trabalham tanto para o poder público quanto para a iniciativa privada.

39. Contudo, como aliás já se deixou antever nos prolegômenos, a questão se não apresenta inadversada. Bem ao revés, as águas são redemoinhadas.

40. Eminentes tratadistas do direito de trabalho há, porém, que não acolhem de bom grado o contrato administrativo na admissão temporária de pessoal na administração pública direta e indireta esta última apenas restrita às autarquias, visto que, referentemente às demais formas (fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas), nenhuma dúvida se põe a respeito.

41. Via de regra, partindo de uma concepção institucional ou legal para servir de diferenciação do regime jurídico do *funcionário público (stricto sensu)*, inadmitem fervorosamente a forma de contrato de pessoal regulado pelo direito administrativo.

42. C. A. BARATA SILVA e BRENO SANVICENTE (10) alinham em seu abono que nem mesmo o fato da exclusão prevista no artigo 7.º, alíneas *c* e *d* da CLT, chega a ser uma restrição na área do direito laboral, e sim

“uma extensão das normas consolidadas a algumas categorias de trabalhadores que, pelo menos doutrinariamente, não podem ser sujeitos de uma relação de trabalho.”

43. Outros colocam a discussão estritamente sob o aspecto do trabalho subordinado, tal como preleciona ORLANDO GOMES, quan-

(10) *Introdução ao Direito do Trabalho*, 1963, pág. 372

do assevera que, na sua esfera normativa, todas e quaisquer relações jurídicas de trabalho humano são estranhas se este se não realizar sob a direção de quem o remunera (11).

44. Mais comedido, porém, admite-o JOSÉ MARTINS CATHARINO, ao indicar os elementos do contrato administrativo, ressaltando a derrogação das regras trabalhistas comuns. (12)

45. É evidente que só se pode atribuir a esses exageros (de alguns) um acendrado e insuperável amor ao direito obreiro, o que é temerário, porque não raro propicia afirmativas precipites.

46. Decerto, o direito é por demais portentoso para se adstringir a esta ou aquela facção. Felizmente, sem qualquer desazo às ciências exatas, a sua mais valia, senão a sua nobreza, está na consciência de que regula conduta social, o comportamento das relações e dos atos humanos.

47. A validade da regulação do direito administrativo para contratação de pessoal, tanto, quanto a do contrato de trabalho, é, não obstante os extremados, tão visível quanto a luz solar. A contratação presta-se e se afeiçoa desenganadamente aos dois regimes jurídicos, sem que se agrave a qualquer deles, inclusive, como já se afirmou, nenhuma inconveniência de juridicidade há para o Estado em se ajustar, em casos especialíssimos, com o indivíduo numa vinculação de prestação de serviços sob o comando da lei civil.

48. Não é demasiado recordar o bom senso dos tratadistas, tal como o faz MARCELO CAETANO (13), que, a propósito, acentua:

“Serão estes princípios — reportando-se aos do direito privado — aplicáveis integralmente nos contratos administrativos? Em primeiro lugar não esqueçamos que estando em causa a vontade jurídica da Administração só há que atender à respectiva declaração e à lei que a rege. Isto é: a análise do intérprete deve exercer-se sobre os textos do contrato e das leis e regulamento a que obedecem a sua celebração e execução. Nesse ponto as regras da interpretação dos contratos identificam-se com as da interpretação das leis.” Grifou-se.

49. O que se quer deixar claro é que a Administração Pública poderá se valer de qualquer das formas. Se e quando o faz no campo das normas de direito administrativo, o indivíduo assim admitido há de se sujeitar, porque desse modo expressamente o aceita, às disposições institucionais, como se tecnicamente funcionário público

(11) In LTr, 37/678

(12) Compêndio Universitário de Direito de Trabalho, I, pág. 206

(13) Manual de Direito Administrativo, 5a. ed., pág. 298.

fosse; e se opta pela legislação trabalhista, o contratado, embora servidor público, se rege pelas normas dessa legislação, diferenciando-se do que tem sobre si o regime estatutário.

50. Particularizadamente, a Constituição Federal do Brasil (Emenda n.º 1/69) é verdadeiro *cheque em branco*. Abre ensanchas à Administração Pública para que, segundo a sua melhor conveniência, admita servidores sob o regime estatutário, utilizando-se do contrato administrativo, quanto sob as normas do contrato de trabalho, subordinando-se à legislação do regime trabalhista. Obviamente, até que a matéria seja regulamentada por *lei especial*, como se contém no seu texto:

“Art. 106 — O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

51. A sua oposição ao espírito da Lei Maior de 1967 (art. 104) é incontrastável. Esta última não acolhia alternativa, posto que declaradamente definia a legislação trabalhista como a aplicável aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de índole técnica ou especializada.

III — CONVENIÊNCIA (OU NÃO) DA ADOÇÃO DE REGIMES JURÍDICOS MISTOS PARA SERVIDORES PÚBLICOS.
— Ligeiro retrospecto do direito administrativo brasileiro.
— Constituições federais e estaduais. — O regime híbrido ou misto, a lei especial e os princípios constitucionais vigentes. — Conclusões.

52. Sem se remontar a uma excessiva e emaranhada legislação de pessoal e sem se preocupar com o desassentado e sempre debatido problema da conceituação do *funcionário público e empregado público*, porém inclinando-se para o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES (14), que o define genericamente de *servidor público*, abrangendo a ambos — não obstante a própria legislação por vezes utilize o vocábulo com acepção restrita, como também em momentos outros usa da expressão *funcionário público* com sentido lato — o fato é que a figura do *extranumerário* (porque fora do quadro permanente), nas suas categorias de mensalista, contratado, diarista e tarefeiro, não constitui novidade na Administração Pública.

53. Já há quase meio século o Decreto Federal n.º 10, de 27.01.1928, cuidava da contratação de pessoal para prestação de serviços em caráter temporário. Em 1936, através do Decreto n.º 871,

(14) Direito Administrativo Brasileiro, 1966, p. 368

de 1.º de junho daquele ano, a União tripartiu as categorias dos contratados, a saber: a) para serviços indispensáveis à administração, com transitoriedade inferior a um ano; b) para o desempenho de cargo técnico que não pudesse ser incluído no quadro de funcionários; e c) quando necessários aos serviços permanentes ou não, desde que sem cargos criados por lei e admitidos regularmente na forma da legislação então em vigor.

54. Pouco antes, a Constituição de 1934 determinava que o estatuto dos funcionários públicos, a ser votado pelo Poder Legislativo, deveria dispor, dentre outras regras, que o quadro dos funcionários compreenderia "todos os que exerçam cargos públicos — larga concepção —, seja qual for a forma do pagamento" (art. 170, inciso 1.º).

55. A "Polaca" ou "Estadonovista" deixou expressamente claro que os "cargos públicos", independentemente do modo de pagamento, para a composição do quadro dos funcionários públicos, seriam os "criados em lei", restringindo-os portanto (art. 156, alínea a).

56. O constituinte de 1946 (arts. 184 e segs.) manteve a conotação restrita, continuando a extranumerariedade aos cuidados da legislação ordinária. Entrementes, no artigo 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, respeitadas os requisitos do parágrafo único, assegurou a equiparação dos extranumerários, com mais de cinco anos em função de caráter permanente, aos funcionários para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias, o que foi, ainda que em normas transitórias, um avançado passo para essa categoria de servidores, na conquista, através do tempo, de direitos e vantagens conferidos aos do quadro permanente.

57. A 28 de outubro de 1952, editou o Governo federal o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, através da Lei n.º 1.711, valendo destacar, a propósito, alguns de seus articulados, tais como: a) o 252, que estendeu o regime estatutário aos extranumerários amparados pelo art. 23 do Ato das Disposições Transitórias retro-citado, e bem como aos demais "no que couber" (incisos I e II); e 268, que mandou computar "para todos os efeitos, o tempo de serviço prestado pelo servidor em qualquer repartição pública, seja qual for a natureza da verba ou a forma de pagamento", até a data da promulgação da lei.

58. A Lei n.º 1.765, de 18.12.1952, do mesmo ano que o Estatuto, dilargou os benefícios auferidos pelos *funcionários públicos*. Assim é que, além do abono de emergência que instituíra, foram os extranumerários contemplados com o salário-família, posto que deferido "a todo *servidor* ativo e inativo"; sujeitou o chamado "pessoal de obras" ao regime da CLT tão-só para efeito de "férias e repouso semanal remunerado" e destinou esse mesmo pessoal "à execução de trabalho de natureza caracteristicamente temporária" (arts. 13 e 14),

com isto claramente chancelando a prevalência do regime legal para os demais contratados, bem como a sua admissão para serviços públicos permanentes, tanto que o art. 26 aproveitou como mensalista os que nessas condições já se achavam.

59. Posteriormente lograram o auxílio-doença (Decreto n.º 33.634, de 21.08.53); retribuição não inferior ao salário-mínimo (Lei n.º 2.412, de 01.02.1955, art. 17); regime de pensão especial (Decreto n.º 36.899, de 11.02.1955, art. 7.º); gratificação de risco de vida ou saúde (Decretos n.ºs 37.023, de 04.03.1955, e 37.340 e 37.370, de 17.05.1955), licença com remuneração ou salário integral quando convocado para serviço militar (Decreto n.º 37.741, de 11.08.1955). A enumeração é longa e se tornaria fastidiosa.

60. Na esteira da legislação federal espraíram-se as leis das unidades federativas, que, de um modo geral, a acompanharam compassadamente, fazendo galgar o contratado a uma posição próxima ao do *funcionário*.

61. Veja-se que, no Estado da Bahia, a Constituição de 1947 o envolve especificamente nos artigos 77, §§ 7.º, 12 e 14, e no Ato das Disposições Transitórias pelos arts. 22, § 1.º, 32 e 34. A de 1969, mais moderada — como de resto todas as demais porque instaladas à adaptação ao modelo federal lhe manda aplicar os princípios dos arts. 70 e §§ 1.º ao 5.º e o 8.º, sendo que o § 7.º é o do tormentoso problema da *lei especial* que regulará o seu regime jurídico, e objeto do temário; e mais os artigos 71 e 72, com as restrições ali impostas. Finalmente, nas Disposições Transitórias, resguardaram-no os artigos 130 e 131.

62. As do antigo Estado do Rio de Janeiro também não o deixaram ao desamparo. Abraçou-o a de 1947 através dos artigos 116 (com as alterações das Leis Constitucionais n.ºs 8/58 e 14/65), 122 (com a redação que lhe deu a Lei Constitucional n.º 1/49), e nas Disposições Transitórias, com os artigos 25, 27 e 29.

63. Novidade na Carta fluminense de 1967 é que se titulou a *Seção* específica não mais como "Dos funcionários públicos", e sim "Dos servidores públicos" — fazendo-se o mesmo com relação aos municípios, arts. 168 e seguintes —, de sorte que, da sua leitura, se verifica que poucos são os articulados restritos diretamente aos denominados *funcionários públicos*, e não obstante a redação do artigo 104, da C.F. de 1947, levou o professor contratado para a órbita do regime estatutário (art. 90, § 2.º). Dele tratou ainda nas Disposições Transitórias (arts. 194 e §§, 196, letras a, c, e, f e g, 205, 209, 211 — 220).

64. A Emenda n.º 1/70, salvo algumas limitações, manteve o título e o conteúdo da anterior, inclusive, nas Disposições Transitórias.

65. Contudo, face aos termos do artigo 106 da atual Carta Magna, remetendo para *lei especial* o regime jurídico do contratado, concernentemente ao professor contratado, passou a questão para as normas transitoriais, enquadrando-o ainda no regime legal do *funcionário público*, o que, com o advento da fusão dos antigos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara, causou viva e interessante controvérsia. A atual dele se encarrega nos artigos 87, § 8.º, 88, §§ 1.º ao 3.º, 90, p. único, 90, 100 e 102, I, e nas Disposições Transitórias pelos artigos 227 e 246.

66. O antigo Estado da Guanabara não refugiou das precatões que lhe são relativas.

67. A sua primeira Constituição, promulgada a 27 de março de 1961, no capítulo atinente, a ele se referiu (arts. 50, letras *f* e *j*), assegurando, todavia, aos operários admitidos para serviços industriais os direitos conhecidos pela legislação trabalhista. Não o relegou nas Disposições Transitórias: arts. 10, 13, 15, 17, 18 e 24. Exsurgente a de 1967, estabeleceu-se que, além das normas dos artigos 73, letras *i*, *j* e *r*, 76, § 2.º, "os servidores contratados pelo Estado terão assegurados os direitos reconhecidos pela legislação trabalhista". Não desbordou, grosso modo, a de 1969, conforme os artigos 76, letras *f*, *g*, *m*, *o* e *p*, e 81; e nas normas transitórias, os artigos 98, 107 e 109.

68. Dessume-se, do aligeirado retrospecto, que, salvo raríssimas exceções e assim mesmo adstritas estas ao pessoal de obra ou de serviços industriais, predominou a ordenação do direito administrativo para o contratado, que incluído na categoria de extranumerários, vinha colhendo paulatinamente os direitos e vantagens deferidos ao pessoal do quadro permanente.

69. A partir de 1964 começou a ganhar ênfase, na administração pública brasileira, a aplicação das regras trabalhistas aos contratados para o serviço público, tendo-se como um dos pretextos o crucial e alarmante problema da cumulabilidade de cargos e funções, que se estava degenerando em ociosidade.

70. O DL 200/67, que instituiu a reforma administrativa no serviço público federal, preconizou a sua prevalência na contratação de "especialistas para atender às exigências de trabalho técnico" (arts. 96 e 97). A Constituição de 1967, a mais fugaz e meteórica das Cartas Políticas, aplacou o debate, pelo menos *de lege lata*, determinando a incidência do direito trabalhista. Reabriu-se, todavia, a questão com o texto vigente (art. 106, da Emenda 1/69), que, revogando o anterior, deixou à legislação especial a tarefa de estabelecer qual o regime jurídico a ser adotado, o que até hoje se não fez na

órbita federal. Neste particular, os Estados, na adaptação de suas cartas políticas, preceituaram as mais diversas opções (15).

(15) Com indicação dos respectivos artigos, optaram: a) pela **lei especial**, os Estados de ALAGOAS (79), GOIAS (74, p. único), PARÁ (115), RIO GRANDE DO SUL (111, tendo o 108 garantido aos "servidores ferroviários" os mesmos direitos assegurados aos funcionários e SANTA CATARINA (122); b) pela norma federal, ACRE (94), BAHIA (70, § 7º), CEARÁ (115), ESPIRITO SANTO (93) e MARANHÃO (97); c) pela lei local, AMAZONAS (97), MATO GROSSO (128), MINAS GERAIS (109), PIAUÍ (80), RIO GRANDE DO NORTE (115) e SÃO PAULO; d) pela legislação trabalhista, PARAÍBA (facultativamente, visto que pelo art. 76 "poderá ser o da legislação trabalhista..."), PARANÁ (81) e SERGIPE (106); e e) de modo inusitado, a Constituição do Estado de PERNAMBUCO, cujo art. 130 dispôs que o "funcionário ou servidor da administração centralizada ou descentralizada, sujeito ao regime estatutário, poderá ser contratado, no interesse do serviço e na forma que a lei determinar, para função técnica ou especializada, com suspensão do vínculo estatutário".

A do atual ESTADO DO RIO DE JANEIRO, embora admitindo a vinculação da norma trabalhista (87, § 8) e dispondo que a lei local, "respeitada a legislação federal", definirá o "regime jurídico dos servidores públicos do Estado" (102, I) — o que certamente concorrerá para nova contenda — deixou à **lei especial** o regime jurídico dos servidores admitidos temporariamente ou contratados para função técnica e especializada, repetindo, assim, o art. 106 da C.F. (99).

Por total pertinência, vale registrar a interessante e viva controvérsia havida no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, face ao art. 191, I, da Emenda nº 1/70 fluminense, da qual foram responsáveis pela sua adaptação ao texto da C.F. de 1969, salvo alguns enxertos de última hora (o art. 200 é uma verdadeira excrescência), FRANCISCO DA CUNHA GOMES, então Secretário de Administração e Procurador (hoje aposentado) do Estado dos mais talentosos e brilhantes, e o autor deste trabalho. Os autores da adaptação, fléis ainda ao ponto de vista que já naquela época esposavam, entenderam que o art. 106 da C.F. não obstaculava a legislação estadual de dispor a respeito, dentro da sua melhor conveniência, e adotaram, para o professor contratado, o regime estatutário, e nos demais casos, a via trabalhista (arts. 191, I e II, da Carta do antigo Estado fluminense). Com o advento da fusão, face ao remanescente dos contratados, um primeiro exame da Procuradoria de Assuntos Trabalhistas e Previdenciários ofereceu veemente crítica ao citado artigo, expondo, em resumo, do inteiro descabimento de se situar o contratado no regime legal. Um outro processo, distribuído à Procuradoria de Assuntos de Pessoal, mereceu desta opinião radicalmente contrária, tendo usado o parecerista, o ilustre Procurador ENNIO QUINTANILHA SANCHES, da feliz expressão de que o art. 106 cogitado se constituía num verdadeiro "cheque em branco." Em que pesem as razões do culto e não menos ilustre Procurador-Chefe HUGO DE CARVALHO COELHO, da Procuradoria de Assuntos Trabalhistas e Previdenciários, não tem dúvida o autor que a sua conclusão não foi das mais inspradas. A contenda, finalmente, foi dirimida por um **tertius**, que terminou sendo aprovada e adotada pela Administração estadual. Vale a pena transcrever pequeno trecho do parecer prevaemente, da lavra do talentoso Procurador ROBERTO RICHELLETTE FREIRE DE CARVALHO: "20.1. A primeira dúvida que assalta o intérprete dessa norma — referindo-se ao art. 191 — e a do artigo 90, § 2º, da Constituição estadual de 1967 é a aparente contradição da concomitância de uma relação contratual, e outra, estatutária. Basta porém o exame da legislação acima transcrita para evidenciar que tanto a União como o antigo Estado do Rio haviam estabelecido mencionada concomitância na figura do **extranumerário contratado**, a quem foi estendido o regime estatutário. 21. Vale dizer, "contratado sujeito a regime estatutário" equi-

71. Ultimamente, tem-se alvitado muito entre alguns estudiosos a idéia de um sistema variegado, no qual se incluiriam normas nos regimes estatutário e empregatício promovendo-se como que uma interpenetração do direito público e privado (16). Embora admissível dentro do critério *de jure condendo*, é de se saber, entretantes, se um regime misto será, ou pelo menos se mostrará, de todo conveniente à administração pública, sem se esquecer do que poderá representar para o seu próprio quadro de pessoal.

72. Não se tem aqui — se bem que numa avaliação obviamente apriorística — o entusiasmo de seus defensores, menos, é evidente, por pessimismo, e sim, a par da complexidade atávica da matéria (17), por fortes razões de direito que aparentemente aconselham em contrário.

73. Em primeiro lugar, continuarão inalterados os regimes jurídicos conhecidos e existentes, além do que se não instituiria um novo modelo em termos de *vinculum juris*, isto é, de natureza obrigacional diversa das já consolidadas e com legislações próprias e específicas: a *estatutária*, regulada pelo direito administrativo; e a empregatícia ou de trabalho, ordenada pelo direito trabalhista, pondo-se aqui de lado, em caráter excepcionalíssimo, a locação de serviços ditada pela lei civil.

74. A Constituição Federal consagra aqueles regimes, dedicando capítulos e princípios inconfundíveis para cada um deles, de sorte que não há como situar-se fora de suas áreas, vez que o fato de se mesclar comportamentos, para se dar homogeneidade, se restringiria quando muito ao aspecto meramente objetivo da questão, jamais ao subjetivo. Em outras palavras: mesmo adotando-se normas de ambos os regimes, a *lei especial* necessariamente terá que optar pela competência de um deles, irrogando com isto fixar qual o prevalecente na relação jurídica entre o contratado e o Estado, e até porque, com exceção do disposto no artigo 110 da Lei Magna, as jurisdições contenciosas são diferentes e irrecusáveis.

75. A jurisdição toma, no caso, feição da mais significativa relevância.

76. CALAMANDREI já advertira que “o Estado defende com a jurisdição a sua autoridade de legislador” (18). É assim o juiz a *longa*

vale, *ex vi legis* a extranumerário. O que leva a dúvida ao intérprete e o seu mau posicionamento de aprioristicamente considerar o “contratado” como um empregado de relação trabalhista, e não um servidor de vinculação *ex legis*. O direito positivo já referido é o que define a natureza jurídica do vínculo e não o direito do trabalho, que só incidiria na falta daquele.” (Procs. nºs. 13.892/75-RJ, 40.725/75, 08.643/75, 03/67.827-74, 03/42.672/75 e 40.723/75. — O problema do professor-substituto, cogitado no mesmo parecer, não é aqui assinalado porque a sua admissão jamais fora igual à do professor contratado).

(16) JOSÉ MARTINS CATHARINO, in L. Tr ; 37/798.

(17) V. Parte I — Introdução.

(18) *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 1943, § 99.

manus do legislador, constituindo-se a jurisdição numa atividade complementar da ordenação jurídica, porquanto se trata de função exercida pelo Estado para “compôr processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o Direito objetivo” (19), ou, ainda no dizer de outro eminente processualista, visa “à formulação e à atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação” (20).

77. Não parece, portanto, que o hibridismo resultante venha a inovar em matéria de jurisdição. Os conflitos continuarão desaguando no foro competente de cada ordenamento legal, utilizando-se, conseqüentemente, dos remédios processuais que lhes são postos à disposição. De plano, sobranceira diferenciação: se o vínculo jurídico decorre de contrato administrativo, regulado, portanto, pelo direito público, o contratado, dissociado do Estado, pode valer-se no juízo competente, v.g., do mandado de segurança, se entende postergado direito subjetivo seu por ato da autoridade; se o ligame, porém, se origina de relação de trabalho, na qual o Estado se apresenta como simples *empregador*, incabível é o *mandamus*, em que pesem opiniões contrárias, desfrutando o contratado da reclamação trabalhista na justiça que lhe é própria. Sem se falar, ainda para aqueles, da ação ordinária.

78. Como se obtemperou retro, o regime jurídico misto, a ser cogitado na norma *especial*, se comportaria *objetivamente*, preocupando-se antes em entremear regras das já existentes com vistas a u’a minimização discriminatória de direitos e vantagens de um e de outro, visto que as obrigações se não acham assim tão arredadas.

79. Mesmo sob o aspecto *objetivo*, a questão se entremostra desinteressante para a Administração Pública, dado que maiores serão os ônus que terá de suportar, tal é hoje a composição dos encargos sociais e previdenciários a que está coato o orçamento do empregador. Dir-se-á que, se o Estado impinge aquelas obrigações ao particular, deverá antes, às mesmas, se auto-sobpor, o que sem dúvida levará à réplica de que, na sua precípua finalidade, o Estado não busca resultados econômicos. É a eterna disputa doutrinária.

80. Sob o ângulo de direitos e vantagens é óbvio que o regime misto ensejará intrincadas querelas, mesmo que se considere que a *lei especial*, definindo questões e aparando arestas, venha a se esmerar no trato da matéria.

81. Uma análise perfunctória permite insinuar alguns problemas, para cuja solução não faltarão vozes autorizadas, pervagando-se nos mais diversos entendimentos. Alinhe-se o assunto tão-só no plano

(19) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, 1975, vol. I, pág. 62.

(20) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 1976, vol. I, pág. 11.

constitucional e se terá comprovada a dificuldade — intransponível em alguns casos — sobretudo porque a *lei especial*, inferior hierarquicamente, não tem força para modificar preceitos da Lei Básica.

82. Decerto, mais enleado ficará, v.g., o já discutido problema da cumulabilidade de cargos e funções, que, inclusive, alcança também a esfera das empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 99, § 2.º, da C.F.).

83. No confronto dos regimes conhecidos, tem-se acolhida a tese da inextensibilidade de cumulação para o servidor regido pela lei trabalhista (21), tese, aliás, que parece se ajustar não só ao espírito do mandamento constitucional como porque melhor reflete a natureza da vinculação ao regime a que se subordina o empregado.

84. O artigo 102 estabelece que o *funcionário*, nos casos ali expressos, terá aposentadoria com vencimentos integrais, sabendo-se ainda que, no sistema estatutário, a fixação dos proventos se não condiciona a contribuições previdenciárias, posto que, para a Administração Pública, a inatividade de seu servidor representa um *munus* social próprio.

85. Para quem distingue *servidor público* de *empregado público*, como aplicar a este último o parâmetro do artigo 104, com a redação da Emenda n.º 6/76, segundo o qual o *servidor público* investido em mandato eletivo ficará afastado do exercício do cargo, tendo assegurada, porém, a contagem de seu tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento?

86. A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados pelo seu *funcionário* e o decorrente direito de ação regressiva já se não afiguram tranquilos quando o seu agente é regido pela legislação obreira (22).

(21) T.F.R. e T.S.T., in *Ementário Trabalhista*, respectivamente, de setembro de 1972, nº 2, e janeiro 1972, nº 2.

(22) *Representação* nº 940, provocada pelo GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, que, dentre outras, apontou a inconstitucionalidade do art. 100 da atual Carta, uma vez que ali se usou da expressão "servidores", e não "funcionários". Sustentou a Procuradoria Geral do Estado, ainda pela brilhante pena do Procurador ROBERTO RICHELLETTE FREIRE DE CARVALHO, que o art. 107 da C.F., criando verdadeira responsabilidade objetiva (funcionários), não poderla se estender ao *servidor-empregado*, vez que a "lei trabalhista não a faculta senão em hipótese restrita, sendo ineficaz a respeito a previsão da Carta estadual, posto que cabe à União Federal regular a matéria (artigo 8º, XVIII, "b"). Não houve unissonância no debate da matéria quando levada a julgamento (recentíssimo), havendo o S.T.F. desaccolhido a inconstitucionalidade por maioria escassa (6 x 4). Há momentos em que, mesmo se qualificando como empregador, não pode — e nem deve — o Estado se despir do *jus imperii* (v.g., greve, sindicalização, responsabilidade de seus agentes, delitos contra a administração pública, etc.) A lei emprega o termo *funcionário* na sua mais lata acepção, abrangendo a todos que lhe prestam serviços, quer pelo regime estatutário quer pelo da CLT. De qualquer sorte, a matéria não foi pacífica no Pretório Excelso.

87. Um outro *plus* na discussão é o aspecto da vitaliciedade (exclusiva do *funcionário*) e da estabilidade. Pronunciando-se sobre a necessidade de se instaurar inquérito judicial para dispensa de servidor estável sob a égide da CLT, declarou o Supremo Tribunal Federal que inobstante o vínculo jurídico e o texto do artigo 170, § 2.º, da Constituição Federal, se não pode inferir o "corolário de que os empregados das entidades paraestatais estão sujeitos exclusiva e integralmente ao regime da CLT" (23), com isto admitindo para a hipótese a prevalência do inquérito administrativo.

88. Predomina na jurisprudência dos tribunais trabalhistas que o princípio da isonomia salarial, consignado no artigo 165, III, só tem cabência quando os servidores (paradigma e equiparando) se sujeitam ao regime da CLT, porquanto não há como igualizar salarialmente *funcionário* e *empregado*. Tal equiparação no caso de *funcionário*, com a ressalva consignada, é vedada pelo parágrafo único do artigo 98.

89. E mais: sobrepor-se-á a regra do artigo 165, inciso XIV, em virtude da qual são reconhecidos os dissídios coletivos, ainda que o contratado se veja beneficiado com aumento salarial por força de norma legal da própria Administração Pública? É conclusivo que não. De resto, a greve e a sindicalização (art. 165, XX e art. 166) são hipóteses inteiramente excluídas para os servidores estatais.

90. Estes são alguns problemas, no plano constitucional, que a *lei especial* óbvia e evidentemente não tem como homogeneizar, face à sua insubsistência se colidente com a Lei Maior. A quididade da norma jurídica, porque regula conduta humana, está exatamente em buscar a ordem e o bem-estar da sociedade, não em agravar ou multiplicar dificuldades e discriminações sobejadas.

IV — CONCLUSÕES

91. Das mais louváveis e válidas a iniciativa dos Estados da BAHIA e do RIO DE JANEIRO através de suas Procuradorias Gerais. Decerto, é o assunto apaixonante, atual e suscitante — aliás, como o é o Direito — e cujo aligeirado esboço da legislação no Brasil, como retro-exposto, dá uma rápida amostra das tendências e opções por que vem passando a administração pública em nosso País. Mister

(23) In *Ementário Trabalhista*, agosto 1973, nº 18.

se torna, portanto, que se diligencie sempre nesse sentido (24), mercê também de iniciativas particulares e isoladas, propiciando aos estudiosos trazerem os seus subsídios, que, sem dúvida, constituirão sempre valiosa contribuição ao Direito e, em peculiar, ao conteúdo do temário que, como se observa, se desdobra em variadas questões. "O que a todos interessa, todos devem aprovar" é entalhe assinalado por inolvidável mestre em memorável obra (25). Isto é, todos devem participar, discutir e, afinal, decidir.

92. No respeitante ao presente trabalho, não há qualquer pretensão no que possa ou venha a representar, senão que o estímulo que significa para o autor pela honrosa distinção de participar com ilustres colegas dos dois Estados, esforçando-se por dar uma pequena parcela de contribuição a tão palpitante assunto.

93. Do exposto, afinal, ilativamente se afirma, *concessa maxima venia* dos que contrária ou diversamente opinam, que:

a) o artigo 106 da Constituição Federal (Emenda n.º 1/69) é uma verdadeira via *branca* para a administração pública, que disporá da maneira que melhor atender aos seus interesses;

b) a admissão do contratado, portanto, poderá ser vinculada ao regime legal ou estatutário, ou ao da CLT, conforme estabelecer a lei, nada obstando, inclusive, que se adote os dois regimes, tendo em vista a natureza de determinados serviços ou funções, caso em que, para esses serviços, se usaria de um daqueles regimes, e nos demais casos, o outro;

c) em hipóteses especialíssimas, a locação de serviços, a que se reporta a lei civil, pode ser utilizada;

d) não é o elemento formal que caracteriza o *vinculum juris*, e sim a lei que dispõe sobre o regime aplicável;

(24) Ao tempo do antigo Estado da GUANABARA, a Secretaria de Administração e a Procuradoria Geral do Estado instituíram através da Portaria "P" nº 1/71, comissão visando a estudar e definir a competência para a edição da lei especial referida no art. 106 da C.F. Uma subcomissão foi criada na área do órgão jurídico, dela participando dentre outros, brilhantes e eminentes nomes como os dos Procuradores JESSÉ CLAUDIO FONTES DE ALENCAR, PEDRO PAULO CRITÓFARO e ROBERTO RICHELLETTE FREIRE DE CARVALHO, cujos estudos, acrescidos pela valiosa opinião não menos abalizada e brilhante do Procurador NELSON NASCIMENTO DIZ, na qualidade de coordenador, foram encaminhados ao Ministério da Justiça. O Relatório do citado grupo, admitindo a sustentabilidade das teses (competência federal e estadual — e aqui se filia a corrente defensora desta última competência, embora não objeto do tema) concluiu que a prudente solução seria a "edição pelo legislador federal de normas gerais que, reconhecendo a competência dos Estados e Municípios, para disciplinamento do regime jurídico dos servidores previstos no artigo 106 da Carta Magna, fixassem princípios normativos básicos."

(25) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*.

e) o chamado regime *misto* não espelhará novo modelo de vinculação jurídica, ou seja, um outro regime e, face às disposições constitucionais vigentes, com princípios específicos tanto para o estatutário como para a da relação empregatícia, se não apresenta de fácil solução, terminando por se tornar *inconveniente*; e

f) o contrato administrativo, dadas as suas implicações, melhor ajustadas ao direito administrativo, que lhe é próprio, e por serem bem menos onerosas, parece ser o que melhor convém à administração pública.

94. Com efeito, o Estado, quer porque predomina o interesse público e quer porque também seja conveniente manter um único regime jurídico com relação ao seu pessoal, isto é, dar ao particular no exercício de uma função, ou como agente seu, *status* assemelhado ao do chamado *funcionário público*, poderá perfeitamente se utilizar do contrato administrativo, que, na hipótese, nada mais será do que, em termo amplo, um dos modos de investidura, ou de arrematação de pessoal para o serviço público.

95. Nesse caso, a *latere* dos elementos comuns constitutivos do contrato, deverá ficar bem definido e caracterizado que:

a) prepondera o interesse público ou da própria Administração;

b) o particular assim contratado é *agente* do Poder Público, e não mero empregado ou preposto seu, como sói acontecer no regime da C.L.T.;

c) não haverá, desse modo, qualquer conteúdo negocial na relação de direito;

d) o contratado se subordinará às suas normas legais, seus regulamentos e demais atos, vinculando-se, de conseqüente, ao regime estatutário, tal como o funcionário público, e por isto mesmo sujeito ainda, além das obrigações decorrentes, às denominadas *cláusulas* ou *condições exorbitantes*, a par dos direitos e vantagens assegurados por lei.

96. É oportuno o destaque, visto que, no regime trabalhista, o *consensus*, quer seja expresso ou tácito, se caracteriza sempre como absoluto, operando-se antes a proteção do trabalhador por força da legislação obreira do que propriamente pela vontade ou intenção do empregador.