FUNCIONÁRIO PÚBLICO — RELAÇÃO DE EMPRÊGO — REGIME DE TEMPO INTEGRAL

— Estabelecido, mediante opção do funcionário, o regime de tempo integral, tem êste caráter contratual, de natureza bilateral.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* João Castanho Filho e outros
Agravo de petição n.º 39.296 — Relator: Sr. Desembargador CARVALHO FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição nº 39.296, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio* e agravante a Fazenda do Estado, sendo agravados

João Castanho Filho e outros. Acordam, em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada, repelida a preliminar de impropriedade do mandado de segurança, negar provimento aos recursos, o que fizeram contra o voto do terceiro juiz.

Custas na forma da lei.

Preliminarmente, não tem razão a Fazenda do Estado quando, nas bem elaboradas razões de recurso, argüiu a impropriedade do remédio jurídico invocado, sob a alegação de que inexiste ilegalidade ou abuso de poder no ato impugnado, porque a autoridade coatora limitou-se a cumprir a lei.

Em face da Lei nº 1.533, de 1951, dar-se-á mandado de segurança a quem seja titular de direito líquido e certo, violado por ato ilegal ou abuso de poder da autoridade pública.

Ora, no conceito da ilegalidade se comprende a inconstitucionalidade, que constitui o mais característico abuso de poder. Assim, a ilegalidade, no sentido amplo, tanto pode resultar da errônea interpretação da lei, quanto da aplicação de lei inconstitucional. Todavia, em qualquer hipótese, o exame do ato impugnado não escapa do contrôle do Poder Judiciário para, se fôr caso, restabelecer o direito subjetivo violado pela autoridade coatora.

No caso dos autos, não se trata de inconstitucionalidade do art. 40 da Lei nº 5.588, de 1960, aliás, não suscitada pelos impetrantes, mas, sim, de ilegalidade manifesta do ato, pela sua indevida extensão ao adicional de um têrço, peculiar aos advogados do Estado que optaram pela dedicação plena ao serviço público.

Foi a autoridade coatora quem, por ato próprio, determinou a aplicação do texto legal aos agravados, através de ordem de serviço, sem considerar as condições especiais de que resultou o mencionado adicional.

Cuida-se, nessas condições, de coibir uma errônea interpretação da lei, a fim de que esta não atente contra direito líquido e certo dos postulantes.

Daí o inegável cabimento do mandado de segurança.

No mérito, os recursos não merecem melhor sorte, ao ver da maioria julgadora.

Os impetrantes, que são integrantes da carreira de advogado do Estado, optaram pelo regime de dedicação plena ao serviço público.

Renunciaram, com isso, ao direito de exercer a profissão, em caráter particular, a título de compensação. É o que está expresso no art. 4º da Lei nº 2.829, de 1954.

Conclui-se daí que o Estado, vedando o exercício da advocacia a integrantes da carreira de advogado e concedendo o direito de opção pelo regime da dedicação plena, estabeleceu uma relação contratual complementar, o que é perfeitamente admissível.

Na espécie, assim, não existe apenas uma relação estatutária, comum, mas, um vínculo jurídico complexo de natureza dúplice, ligando os advogados que optaram pelo aludido regime ao Estado.

No que respeita ao adicional, ocorreu uma relação bilateral onerosa para ambas as partes (*Revista dos Tribunais*, vols. 247-294 e 294-429). Houve por parte do Estado uma oferta e uma condição, consubstanciadas no direito de opção e no regime de dedicação plena. Aceita a oferta e manifestada a opção, com a renúncia à atividade particular, operou-se um vínculo jurídico entre o Estado e aquêles servidores, de que resultou para os últimos uma vantagem apta a gerar direitos adquiridos. A própria referência a vencimentos atuais e futuros constantes do texto legal (Lei nº 2.829, art. 4º) denota o caráter compensatório e permanente da vantagem.

Se assim é, não podia o Estado modificar unilateralmente essa situação consolidada dos impetrantes, conseqüência de uma convenção especial.

Claro está, portanto, que o art. 40 da Lei nº 5.588, jamais poderia atingir ou alterar o adicional que, em razão de uma relação contratual anterior, já estava incorporada ao patrimônio dos impetrantes.

Vê-se daí que o dispositivo legal, em que se fundou a autoridade coatora não pode afetar a situação dos recorridos porque a vantagem de que são titulares, consistindo no direito de percepção de mais um têrço de seus vencimentos, atuais e futuros, constitui direito adquirido, legítimo e intocável.

Inadmissível, pois o congelamento pretendido. Como acentuou, em recente voto, o eminente Juiz Ferreira de Oliveira, se os vencimentos dos funcionários estaduais tiveram aumento, pela citada Lei nº 5.588, também o adicional deverá acompanhá-los porque corresponde exatamente a um têrço dêles. Como direito acessório do principal, segue a sorte dêste. Se fôssem diminuídos os estipêndios, mediante medida de caráter geral, o adicional também o seria. A sua proporção é que não pode ser modificada em hipótese alguma porque, então, deixaria de ser um têrço para constituir percentagem inferior.

Nessas condições, como decidiu a respeitável sentença recorrida, fôrça é reconhecer o direito líquido e certo dos impetrantes ao recebimento do adicional, sem o congelamento determinado pela digna autoridade coatora.

São Paulo, 23 de novembro de 1960. — *L. G. Giges Prado,* Presidente com voto. — *Carvalho Filho,* Relator. — *Andrade Junqueira,* vencido no mérito, de acôrdo com a seguinte declaração de voto: Dou provimento ao recurso porque acolho integralmente a argumentação da agravante, calcada no direito e na prova dos autos.

Pontes de Miranda, com a sua habitual precisão técnica, ao discorrer sôbre a matéria constitucional relativa ao funcionalismo público, adverte prèviamente "nunca é demais lembrar-se que já se está no domínio do direito público e que tôda a lembrança do direito comum é perturbadora" (*Comentários à Constituição de 1946,* vol. IV, pág. 144).

Em seguida o mestre prossegue: "Quando passamos à análise da relação entre o funcionário público e o Estado, a vontade das partes como que desaparece: não só a vontade do funcionário ou do candidato à investidura nos cargos públicos, mas também, a do próprio Estado, que, a propósito de funcionários públicos e de provimento de cargos, não tem a mesma liberdade que possui quando faz contratos administrativos, menos ainda quando faz contratos de direito privado. Por onde se vê que o elemento institucional é predominante, quase exclusivo, na relação entre o funcionário público e o Estado, e êsse elemento institucional afasta, por incompossibilidade de definição, qualquer assimilação de tal relação jurídica a quaisquer categorias de direito privado, como o mandato, a locação de serviços, ou qualquer subsunção no que se chama contrato. Trata-se de relação bilateral, é certo, mas institucional, o que repele a noção de contratualidade. Uma das conseqüências é a de não se considerar funcionário público o empregado contratado, se bem que o seja o empregado que exerce, interinamente, ou em comissão, cargo de administração pública, desde que êsse cargo pertença ao quadro dito dos funcionários públicos" (ob. cit., pág. 144).

Portanto, bem claro está, que as relações entre o funcionário público e o Estado resultam da lei, da obediência à lei, daquilo que a lei dispõe a propósito do estatuto que deve reger essas relações. Nesse sentido a unanimidade dos grandes tratadistas modernos e dos clássicos da matéria, citados por C. A. Lúcio Bittencourt em magnífico estudo a respeito do assunto entre os quais se encontram: Gaston Jèze, *Les contrats administratifs,* Paris, 1927, vol. I, págs. 182-3; Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif,* Paris, 8ª ed., 1914, págs. 622-623; Diego Tobon Arbelaez, *Principios Fundamentales del Derecho Administrativo,* Mede-

lin, 1939, pág. 257; Francesco D'Alessio, *Istituzioni di Diritto Amministrativo,* Turim, 1932, vol. I, págs. 223 e 241; Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel,* tomo III, págs. 95 e segs. W. W. Willoughby, *Principles of the Constitutional Law of the United States,* New York, 1940, pág. 21; Modestino Petrozziello, *Il rapporto di Pubblico Impiego,* Milão, 1935, pág. LXV e segs.; Temístocles Brandão Cavalcânti, *O Funcionário Público e o seu Estatuto,* Rio de Janeiro, 1940, pág. 279; Thomaz M. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations,* Boston, 1898, pág. 311.

E como a nossa organização constitucional foi calcada na norte-americana, oportuno lembrar as lições dos grandes constitucionalistas da República do Norte; *"there is no contract right possessed by the office-holder to the office or to the salary attached to it"* (*Principles of the Constitutional Law of the United States,* 2ª ed., New York, Baker Voorhis & Co., 135, pág. 142 *apud* loc. cit., pág. 312).

E Hart ainda é mais positivo: *"The American Doctrine — the broad rule may be stated that the official relation is a public law relation the extent at least that the incumbent of a public office has no contractual right of which he is deprived without due process of law, if the state reduces the term of his office or its rat of compensation, changes the tenure, or abolishes it altogether"* (James Hart, *An Introduction to Administrative Law,* New York, 1940, pág. 21).

E por isso mesmo Jèze ensinou que "Tôdas as vantagens pessoais outorgadas à função, de qualquer natureza que elas sejam, são determinadas pelas leis e pelos regulamentos atinentes à organização de cada um dos serviços públicos" e "o fato de tal vantagem existir de uma certa maneira no dia em que o agente foi investido na função, não lhe confere o direito de manter a vantagem" (*Les Principes Généraux du Droit Administratif.* 3ª ed., vol. II, pág. 680).

"Os vencimentos", ensina Marcelo Caetano, "são fixados por lei e podem, por lei, ser modificados, conforme o interêsse público, sem que o funcionário possa arrogar-se um direito subjetivo" (*Manual de Direito Administrativo,* Lisboa, 1937, pág. 246).

Fixado o caráter institucional da relação pública entre o funcionário público e o Estado, passe-se a outro ponto.

Os advogados do Estado tinham liberdade para exercitar a advocacia particular.

Pela Lei nº 2.829, o legislador entendeu de cortar essa liberdade, proibindo-a no art. 3º.

Como a relação era de direito público, essa restrição era legal e perfeitamente constitucional.

O legislador, dentro da sua competência para legislar sôbre direito público, outorgou aos advogados do Estado que foram privados da advocacia particular, a vantagem correspondente a um têrço dos vencimentos.

Foi concedido um têrço, como poderia ter sido menos ou mais do que isso; assim como concedeu a vantagem, o legislador poderia não ter concedido qualquer vantagem pela restrição do exercício da advocacia; só uma restrição de natureza constitucional poderia impedir o legislador de restringir a advocacia particular e não conceder qualquer vantagem em seu lugar.

Tôdas essas medidas foram tomadas unilateralmente pelo legislador, fundamentado no princípio estatutário e institucional que rege as relações entre o funcionário público e o Estado, segundo o qual, como se viu das relações das maiores autoridades na matéria, ao legislador é lícito, em qualquer tempo, alterar as condições da relação funcional, quer no que tange à organização dos serviços públicos, quer no que se refira a vantagens outorgadas aos funcionários públicos.

Se as necessidades da Administração pública o exigirem, o legislador poderá suprimir pura e simplesmente o adicional de um têrço outorgado pela citada lei e isso pela simples razão de que foi concedido por uma lei ordinária, pelo que outra lei ordinária poderá cancelá-la.

Não há direito adquirido do funcionário a vencimentos futuros dentro das especificações atuais; o interêsse da Administração pública é que disciplina a outorga de vantagens ou de encargos a seus servidores.

Se o Poder Público ficar amarrado a cada uma das vantagens que porventura fôr outorgada a seus servidores, chegará um dia em que não mais poderá alterar o serviço público para torná-lo adequado às novas condições impostas pelas suas necessidades.

Os advogados do Estado já perceberam custas, já perceberam percentagens sôbre as cobranças ou sôbre o valor das demandas que ajuizavam em favor do Estado; tôdas essas vantagens foram alteradas e até suprimidas por leis posteriores; se não se admitir que o Estado possa alterar as condições do serviço público, inclusive no tocante às vantagens do funcionalismo público, então estaria instaurado entre nós o regime da prevalência de direitos do funcionário sôbre o interêsse público, hipótese em que mister se faria mandar inscrever na nossa Constituição um preceito que já consta da Constituição uruguaia: *"el funcionário existe para la función e no la función para el funcionário"* (art. 59).

A lei nova não prejudicou direito adquirido dos advogados do Estado; as normas de direito público administrativo, ensina Pontes de Miranda, incidem desde logo, pois "o efeito que se lhes reconhece é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal" (ob. cit., vol. III, pág. 38).

O efeito retroativo, ensina Roubier, *"c'est l'application dans le passé"; "l'effet immediat, l'application dans le présent"* (*Le Droit Transitoire,* 1960, pág. 177).

Ora, a lei em questão não tocou em fatos passados, não retirou as vantagens que os advogados auferiram ao tempo de vigência da Lei nº 2.829; pelo contrário, a Lei nº 5.588 manteve a vantagem, dispondo que, para o futuro (fato que lhe retira por completo o caráter retroativo ou infringente de direito adquirido) o nôvo aumento de vencimentos não se beneficiaria da vantagem da dedicação plena. Portanto, a lei dispôs para o futuro, deixando intacta a vantagem como vigia no passado e como continuou a viger para o futuro; sòmente o nôvo aumento de vencimentos é que não se beneficiaria daquela regalia, disposição que, por ser de direito público, incidiu desde logo, sem ferir qualquer direito adquirido, pois o nôvo padrão de vencimentos não vinha do passado, não integrava o patrimônio dos advogados do Estado, mas constituía, sim uma situação nova, que já nasceu sob a restrição do art. 40 da Lei nº 5.588; não há, pois, que argumentar com lesão a direito adquirido.

Mas, alegam os impetrantes, a Lei nº 2.829 vinculou à vantagem os vencimentos futuros também; o argumento improcede, pois tôda lei dispõe para o futuro, de modo que mesmo não contivesse a redundância que contém, ainda assim alcançaria os vencimentos futuros, uma vez que a vantagem consistia em um têrço dos vencimentos que auferisse o advogado do Estado; contendo ou não dispositivo alusivo a vencimentos futuros, a lei aludida incidiria para o futuro até que fôsse revogada ou alterada por outra lei; o legislador não pode vincular os legisladores futuros às leis que entender de elaborar no presente; sòmente a Constituição no nosso regime democrático estabelece normas que as leis futuras não podem alterar; se uma lei atual pudesse dispor para o futuro de modo a vincular os legisladores poste-

riores, passaria essa lei a gozar de garantias verdadeiramente constitucionais, o que não se compadece com o nosso regime democrático.

A lei nova não tem efeito sôbre os contratos de direito privado, nascidos da livre escolha e das faculdades de previsão dos particulares, contratos êsses baseados em lei contratual, isto é, em lei que disciplina um conjunto de direitos e obrigações entre as partes contratantes, livres estas de estipular o que melhor entenderem, mesmo porque, na maioria dos casos sòmente a elas interessarão (Roubier, ob. cit., pág. 423); mas, mesmo no direito privado, se se trata de lei que estabelece ou modifica um estatuto legal, a lei nova atua imediatamente (pág. 424). Se tal acontece no direito privado, o direito público com mais razão ainda, onde não há contrato entre o Estado e os cidadãos sujeitos ao cumprimento das leis, mas, sim, leis que não se vinculam à vontade dos cidadãos, mas que se tornam obrigatórias simplesmente porque são leis emanadas do poder competente para elaborá-las.

Êsses os fundamentos pelos quais discordei da douta maioria, fundamentos por mim adotados em julgamentos anteriores, em primeira e segunda instâncias.