PARECERES

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — REGIME DE TEMPO INTEGRAL — GRATIFICAÇÃO — RELAÇÃO ESTATUTÁRIA E CONTRATUAL — DIREITO ADQUIRIDO

— As relações entre os funcionários e o poder público são de ordem estatutária e não contratual.

— São inconciliáveis a doutrina estatutária e o direito adquirido.

— A opção pelo regime de trabalho de tempo integral ou de dedicação exclusiva não transforma a relação estatutária em contratual; a matéria é de direito público que não pode ser modificada pela vontade das partes, aliás, sem capacidade legal para assim agir.

PARECER

I

O regime de trabalho de servidores públicos do Estado de São Paulo foi objeto de vários textos legislativos e regulamentares. Conflitos de leis no tempo foram suscitados e provocaram decisões administrativas e judiciais. Algumas questões estão ainda pendentes, especialmente com relação à aplicação imediata do Decreto-lei n.º 13, de 21 de março de 1969, que dispôs sôbre o regime de dedicação exclusiva e cujo art. 4.º teve nova redação dada pelo Decreto-lei n.º 251, de 29 de maio de 1970.

Estabeleceu, com efeito, o art. 1.º do citado Decreto-lei n.º 13, entre outras normas, que o servidor nomeado para cargo em Regime de Dedicação Exclusiva (R.D.E.) fica, a partir da data do exercício, sujeito ao regime, independentemente de convocação, nos têrmos das Leis n.ºs 9.717 e 9.860, de 1967; aboliu-se a faculdade de retôrno ao regime de trabalho anterior à convocação, salvo opção, dentro de 30 dias (art. 3.º); gratificação correspondente a qualquer regime especial de trabalho incorporar-se-á aos vencimentos do servidor para o efeito de adicional, sexta-parte e aposentadoria, após 10 anos de exercício no cargo e no regime (art. 4.º).

A Lei n.º 9.717, havia restaurado a vigência do art. 3.º e seus parágrafos, da Lei n.º 2.829, de 1.º de dezembro de 1954, com a de Regime de Dedicação Profissional Exclusiva que foi estendido a numerosos cargos, funções e

carreiras. Proibiu-se o exercício profissional em qualquer modalidade de trabalho próprio da profissão, a não ser no desempenho do cargo ou função e, em compensação, atribuiu-se ao servidor, sob o Regime de Dedicação Profissional Exclusiva, uma gratificação que seria incorporada apenas para o efeito de sexta parte e aposentadoria "desde que o servidor conte 5 anos de exercício no regime" (art. 3.º, § 2.º). A opção pelo Regime ficou também disciplinada.

Disposições semelhantes se encontram na Lei n.º 9.860, de 9 de outubro de 1967, que instituiu o Regime de Dedicação Profissional Exclusiva para os cargos de chefia e direção administrativa, bem como para os encarregados de setor. Nos arts. 6.º e 7.º dispôs sôbre o prazo para a incorporação da gratificação.

A Lei n.º 2.829, de 1.º de dezembro de 1954, à qual fêz remissão a de n.º 9.717, de 1967, organizou o Departamento Jurídico do Estado; no artigo 3.º proibiu o exercício da advocacia, em caráter profissional, aos Advogados, Procuradores e Assessôres ocupantes de cargos do mesmo Departamento. Em compensação pela restrição da atividade privada concedeu-lhes um adicional, correspondente a um têrço dos vencimentos, incorporável para todos os efeitos, exceto para a aposentadoria e disponibilidade, hipótese em que se exigiu o exercício pelo prazo de 1 ano no regime de proibição. A faculdade de opção ficou ressalvada.

O regime de proibição de advocacia, previsto na Lei n.º 2.829, de 1954, foi, todavia, extinto pela Lei n.º 6.433, de 25 de outubro de 1961, excetuados os funcionários que já houvessem optado, aos quais, ainda, foi facultada, em qualquer época, nova opção, com a perda do adicional.

A Lei n.º 10.059, de 8 de fevereiro de 1968, regulou a mesma matéria, ao instituir o Regime de Dedicação Profissional Exclusiva para os cargos e carreiras que especificou; estabeleceu a proibição de atividade privada, o pagamento de gratificação e sua incorporação, excluída a opção para os nomeados após a vigência da lei. No artigo 3.º fixou o princípio de que "o enquadramento no Regime de Dedicação Profissional Exclusiva *terá sempre em vista o efetivo interêsse público e a exigência do serviço, segundo programa de trabalho em que se justifique a convocação*".

II

A execução das leis citadas, cujo casuísmo demasiado dificulta a tarefa do intérprete, não tem tido a concordância de opiniões em pontos capitais. A incorporação da gratificação, por exemplo, que se operava, do início, a partir de 1 ano de exercício, passou a sê-lo ao cabo de 5 e, afinal, de 10 anos, no cargo e no regime. Justificou-se a dilatação do prazo, nos têrmos da Exposição de Motivos do projeto que se converteu no Decreto-lei n.º 13, com o fato de já haver a legislação anterior sôbre a matéria produzido os efeitos almejados, beneficiando os funcionários mais antigos que vinham, de longa data, sujeitos a regimes especiais de trabalho, garantindo-lhes, dêsse modo, a conveniente estabilidade econômica.

Ante o exposto o Estado de São Paulo (Secretaria da Fazenda) pergunta:

1. Aplicam-se as disposições do Decreto-lei n.º 13 às situações abrangidas pelas leis supra referidas?

2. A adesão do funcionário às condições estabelecidas na lei reguladora de sua convocação para regime especial de trabalho estabelece *relação contratual* paralela à disciplinação *estatutária*, relação que não possa ser alterada em conseqüência de lei superveniente, sob pena de ofensa ao direito adquirido?

IV

Na esfera administrativa estadual o assunto foi estudado na Comissão dos Regimes Especiais de Trabalho que, em sessão de 24/3/70, depois de reportar-

se a pronunciamentos de outros órgãos assim concluiu:

"Assim sendo, as disposições do Decreto-lei n.º 13/70, naquilo que importarem em modificação prejudicial das condições de aplicação do R.D.E. — aumento de prazo de incorporação do regime, revogação do direito de retôrno a regime comum de trabalho etc — não se podem entender aplicáveis, salvo ofensa a direito adquirido, aos servidores exercentes em R.D.E. até a época de sua vigência, mas atingindo exclusivamente aquêles que vieram a ser incluídos em R.D.E. após suas publicação, valendo, então, para êstes as novas cláusulas convencionais adotadas para o R.D.E.".

Para assim concluir a Comissão apoiou-se em pronunciamento do Conselho da Procuradoria-Geral do Estado segundo o qual, tendo em vista a situação dos Procuradores, regulada, de início, pela Lei n.º 2.824, de 1954, afirmou que "com exceção do art. 2.º, o Decreto-lei n.º 13 é inaplicável aos atuais componentes da carreira de Procurador do Estado. Êsse diploma legal, no entanto, se aplica integralmente aos Procuradores que, a partir de sua vigência foram nomeados".

O art. 2.º citado refere-se a exigência de recursos orçamentários próprios para atender ao provimento de cargo cujo titular tenha exercício em R.D.E.

Recorda, ainda, a Comissão que por ato administrativo foi reconhecida a tese da existência "de vínculo de natureza contratual" em favor dos Procuradores (despacho de 26/10/68, do Sr. Governador do Estado).

E, na mesma ordem de idéias, acrescenta a Comissão que "a êsse respeito, não vemos como, adotada para os Procuradores do Estado abrangidos pela Lei n.º 2.854/54, a tese do "vínculo contratual, paralelo ao de ordem estatutária" se possa deixar de reconhecer a situação similar para os demais servidores, Procuradores do Estado ou integrantes de outras carreiras, cargos ou funções, convocados pela Administração para terem exercício em Regime de Dedicação Exclusiva".

Alude, ainda, a Comissão a decisão judicial sôbre a controvérsia, segundo a qual "se as relações entre os funcionários públicos e o Estado são de natureza estatutária, como não se nega, verifica-se, contudo, no caso vertente, que os impetrantes, ao usarem de opção que o Estado lhes outorgou, renunciando a sua advocacia particular em benefício do serviço público, pela adoção do regime de dedicação plena, *ajustaram com a administração uma relação contratual complementar*, em que se verifica convergência de vontade, de parte a parte".

É certo, acrescenta a Comissão, que em 1968, opinou de modo contrário ao entendimento atual, mas o seu pronunciamento não teve a aprovação superior; foi a propósito da aplicação da Lei n.º 9.717, em caso de retratação previsto na Lei n.º 2.229, havendo então sustentado a existência de mera expectativa de direito, não concretizada à época do regime legal anterior.

Assim exposta a controvérsia, e antes de responder aos itens da Consulta, é oportuno recordar alguns ensinamentos doutrinários e juisprudenciais.

V

A primeira observação a fazer-se é que os pronunciamentos citados, quer de órgãos administrativos ou judiciais, no plano estadual, negam, nos casos concretos, a prevalência da "relação estatutária" sôbre a "contratual" nas relações de emprêgo público e admitem o "direito adquirido", oponível ao império da lei nova, em favor de funcionários que não gozam da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos e que não tiveram expressamente ressalvadas as situações funcionais oriundas de diplomas legais anteriores.

Mas a doutrina vitoriosa, entre nós e no estrangeiro, consagrada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, proclama a supremacia da tese

publicista sôbre a civilista e não aceita a argüição de direito adquirido contra a aplicação imediata dos postulados da lei nova às situações em curso, nas relações de emprêgo público.

Em vários pareceres que emiti no exercício da Consultoria-Geral da República, tive oportunidade de sustentar a tese estatutária.

Assim no Parecer n.º 236-T, datado de 18/2/53, que teve ampla divulgação, afirmei:

"A jurisprudência dominante se inspira, como ficou demonstrado, na doutrina *estatutária* e esta repele, formalmente, a idéia do *direito adquirido* ao gôzo perene de determinada situação funcional" (*Pareceres do consultor-geral da República, 3*:, 316-34, set. de 1952 e mar. de 1953; *Diário Oficial da União* de 3/3/53, p. 3.523-27; *Revista de Direito Administrativo*, 33, p. 298; e *Revista Forense*, 149, p. 104).

Examinei, nesta oportunidade, a natureza das relações entre o funcionário e o Estado. Recordei a lição dos mestres nacionais e estrangeiros, assim como a jurisprudência dos tribunais para demonstrar o acêrto da afirmação de Viveiros de Castro, como Relator do acórdão do Supremo Tribunal Federal, datado de 24/7/1918, segundo o qual "a função pública não decorre de uma *situação contratual* e sim de um *estatuto legal*, criado sempre por um ato unilateral da autoridade pública", isto porque: "A doutrina contratual é uma *velharia*, já sem cotação entre os mestres" (*Acórdãos e votos — comentados*, 1925, p. 421 e seg.; *Revista de Direito, 53*:146-161).

Recordei a advertência de Epitácio Pessoa, então Presidente da República (antigo Ministro do Supremo Tribunal Federal e legislador) contida em veto endereçado ao Congresso Nacional, em 18 de janeiro de 1918, com o propósito de demonstrar a impossibilidade de se configurar *direito adquirido* nas relações entre o Estado e o funcionário:

"Pretender que os funcionários públicos, quaisquer que êles sejam, têm direito adquirido a tôdas as vantagens insertas nos regulamentos do tempo em que foram nomeados, é, ou tornar intangíveis êsses regulamentos e paralisar quase a administração pública, ou criar no País, nas mesmas repartições, nas mesmas categorias, tantas classes de empregados com direitos diferentes quantas forem as modificações por que passaram os regulamentos" (*Revista Forense, 35*:291).

Aníbal Freire, antigo professor de direito administrativo, em voto, como Relator, no Supremo Tribunal Federal (em 11/9/44, no recurso extraordinário n.º 8.471 — 1.ª Turma) afirmava:

"A relação jurídica que une o funcionário ao poder público desprendeu-se dos liames contratuais para incorporar-se ao acervo de regime estatutário, que domina a atividade do Estado.

Pode-se afirmar, sem risco de contradita, que se estabeleceu quase uniformidade entre os tratadistas da matéria..." (*Revista de Direito Administrativo, 3*:244-46).

Orozimbo Nonato, como Relator da Apelação Cível n.º 8.373, de 1.ª Turma, em 13/1/44, assim votou no Supremo Tribunal Federal:

"Não é necessário desdobrar tôdas as linhas em que se amplia o debate para mostrar o crescente desprestígio da doutrina contratual, que vai encontrar origem em aparência falazes e na idéia falsa de que as outras doutrinas levam ao mais desimpedido dos arbítrios" (*Revista de Direito Administrativo, 4*:163; idem, voto do recurso extraordinário n.º 8.874, 2.ª Turma, em 23 de junho de 1950, *in Revista Forense, 136*:417-419).

Em outro voto, ainda Orozimbo Nonato proclamou, no Supremo Tribunal Federal:

"A doutrina estatutária é a que tem mais voga e prestígio (acórdão de 20/12/50, na apelação cível n.º 7.447, *in Revista de Direito Administrativo, 32*:151 e seg).

Reportei-me, ainda, à lição de nume-

rosos autores e julgados, cuja repetição alongaria demais êste parecer (acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 23/2/49, *in Revista de Direito Administrativo, 23*:142 e *Revista Forense, 124*:500; idem de 22/9/47, *Revista de Direito Administrativo, 13*:229; idem, de 1/10/45, *Revista Forense, 113*:143; acórdão do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, de 21/11/49, *Revista de Direito Administrativo, 24*:7-84; acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 13/8/47, *Revista de Direito Administrativo, 9*:183).

A tese da relação estatutária que esposei, em 1953, no parecer aludido, com o apoio de conspícuos doutrinadores e memoráveis arestos, por outros reiterados, no curso do tempo, tornou-se jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, conforme os têrmos da *Súmula* n.º 27.

"Os servidores públicos não têm vencimentos irredutíveis, prerrogativa dos membros do Poder Judiciário e dos que lhes são equiparados."

Assim ficou assentado, pelo Pretório Excelso, com o propósito de negar-se a possibilidade de um *direito adquirido*, por parte do funcionário, a vencimentos e vantagens intangíveis, a salvo da lei nova.

Alguns julgados recentes tornam ainda mais explícito o conteúdo da citada *Súmula* n.º 27.

Em voto proferido em 18/5/1968, o Ministro Adaucto Cardoso (Relator do mandado de segurança n.º 15.081) com a concordância de todos os seus pares, no Tribunal Pleno, assim se manifestou:

"Coerente com a reiterada orientação do Supremo Tribunal Federal indefiro a segurança *reafirmando as seguintes teses jurisprudenciais*:

1.ª *As relações existentes entre os funcionários e o poder público são de ordem estatutária e não contratual;*

2.ª Na garantia constitucional do direito adquirido não se inclui a irredutibilidade de vencimentos, como ocorre em relação aos magistrados (*Revista de Direito Administrativo, 26*:73-74).

É ainda mais recente (5/9/69), o acórdão da 2.ª Turma, votação unânime, no recurso extraordinário número 66.989, Relator o Ministro Eloy da Rocha negando *direito adquirido* a percentagens atribuídas a procuradores autárquicos, mas abolidas por lei nova, tendo o Relator se reportado a numerosos casos idênticos, com a mesma decisão (*Revista Trimestral de Jurisprudência, 52*:188-9, fasc. de abr. de 1970).

Merecem também destaque mais alguns acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal.

No recurso do mandado de segurança n.º 11.882, 2.ª Turma, em 28/11/67, o Ministro Themístocles Cavalcanti (cuja autoridade na matéria é por todos reconhecida) reportando-se a parecer da Procuradoria-Geral da República e a julgado do mesmo Supremo Tribunal que incorporou ao seu voto, *in verbis*:

"Não há direito adquirido à permanência de uma equiparação de vencimentos de funcionário público. A lei que outorgou pode ser revogada por outra a qualquer tempo, cassando todos os efeitos imediatos, *aplicando-se tanto aos novos nomeados quanto aos antigos que eram beneficiados da primeira.* Isto decorre da situação estatutária do funcionário público *que não deflui de contrato e sim exclusivamente da lei*". (Acórdão unânime, *Revista de Direito Administrativo, 93*:108-9).

No recurso de mandado de segurança n.º 20/9/67, sendo Relator o Ministro Adaucto Cardoso, o Supremo Tribunal Federal (sessão plenária, decisão unânime) negou a existência de direito adquirido à percepção de vantagens que lei nova aboliu, com prejuízo de funcionários. Disse S. Exa:

"É doutrina tranqüila dêste Supremo Tribunal Federal que na garantia constitucional do direito adquirido não se compreende a irredutibilidade de *vencimentos e vantagens dos funcionários* como acontece em relação aos magistrados — *Revista Trimestral de Juris-*

prudência, 32/31, 32/33, 33/32, 34/241, 36/379, 37/65, 38/431, 563,614 (*Revista de Direito Administrativo*, *93*:112-5).

O Ministro Prado Kelly, relator do recurso de mandado de segurança n.º 18.188, negou-lhe provimento, em voto proferido no Supremo Tribunal Federal, em 1/12/67 (Sessão plenária, decisão unânime) depois de reportar-se à tese expressa na *Súmula* n.º 27 e decisões transcritas no seu relatório, das quais destaco o seguinte trecho:

"Esclarecida que a natureza da relação entre o Estado e o funcionário é estatutária, que seus direitos e obrigações podem ser modificados unilateralmente pelo Estado, não pode êle invocar direito adquirido nem tampouco reclamar indenização algumas. Isto porque inconciliável são a doutrina estatutária e o direito adquirido" (*Revista de Direito Administrativo*, *93*:115-9). 115-9).

O Ministro Oswaldo Trigueiro, votando na 1.ª Turma, em 22/5/67 (votação unânime) no Recurso Extraordinário n.º 62.262, reportando-se a outros julgados do Supremo Tribunal Federal afirmou:

"Não há que falar em direito adquirido que inexiste, estatutária que é a relação empregatória". (*Revista de Direito Administrativo*, *91*:88-9).

No mesmo sentido tive oportunidade de indicar, em parecer emitido em..... 24/10/67, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, *93*:400-7, numerosos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, dos anos de 1962/66 (*Revista de Direito Administrativo*, *87*:82; idem 83-5; *86*:124-5; *81*:126-7; *81*:127-31; *74*:160-1; *74*:162-4; *75*:135-6).

No exercício do cargo de Procurador-Geral da República, numerosas vêzes opinei no sentido da tese estatutária, contrária ao *direito adquirido*, escudado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*Revista de Direito Administrativo*, *54*:212, 214 e 217, pareceres emitidos em 1957).

No campo doutrinário além dos autores que citei no parecer emitido em 1958, devo acrescentar, como partidários da doutrina estatutária em trabalhos mais recentes: Caio Tácito, Natureza estatutária da função pública (com a invocação de copiosa jurisprudência e de numerosos autores nacionais e estrangeiros) *in Revista de Direito Administrativo*, *35*:54-66; MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 2 ed., 1966. p. 341-4; RIBEIRO, Manuel. *Direito Administrativo*, 1934, *2*:134 e seg.; RODRIGUES, H. A. Contreiros. *O estatuto dos funcionários públicos interpretado*, 1957, 2. ed., *1*:107.

Na França, cuja doutrina inspirou particularmente os nossos autores e a jurisprudência pátria, a doutrina estatutária, expressa em lei de 19 de outubro de 1944, foi revigorada pela Ordenança n.º 59.244, de 4 de fevereiro de 1959 e continua a merecer o aplauso dos autores (VEDEL, Georges, *Droit administratif*, 1961. p. 535 e seg.; GREGOIRE, Roger. *La fonction publique*, 1954. p. 84 e seg.; PLANTEY, Alain. *Traité pratique de la fonction publique*, 1956. p. 15; CATHERINE, Robert. *Le fonctionnaire français*, 1961. p. 20 e seg).

Na Itália, onde a doutrina estatutária tem raízes antigas (PETROZZIELO, M. *Il Rapporto di pùbblico impiègo*, 1935), a posição é a mesma: SANDULI, M. Aldo. *Manuale di diritto amministrativo*, 1957, p. 128 e seg.; LANDI, Guido & POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*, 1960. p. 405).

VI

Apesar da lição da doutrina e da reiterada jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a Comissão dos Regimes Especiais de Trabalho, que opinou no caso em exame, admitiu a existência de um *direito adquirido* a salvo da vigência imediata do Decreto-lei n.º 13, de 1969 (modificação prejudicial das condições de aplicação do R. D. E., aumento de prazo de incorporação do regime, revogação do direito de retôrno ao regime comum de

trabalho etc.). Invocou precedente judicial e administrativo referente aos Procuradores do Estado, beneficiados pela Lei n.º 2.829, de 1954, segundo o qual, a opção facultada a êstes servidores, por um regime de trabalho, equivalia a "uma relação contratual complementar".

Esta orientação, em se tratando de pessoal sujeito ao regime de tempo integral, ou dedicação exclusiva, de fato foi adotada em acórdãos do Tribunal de Alçada de São Paulo: 19/9/62, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, *81*:144 (4.ª Câmara); idem, 3.ª Câmara, em 19/10/60, invocado pela Comissão, a propósito de advogados (Lei n.º 2.829, de 1954), publicado na *Revista dos Tribunais*, *306*:633-9; idem, da 1.ª Câmara, em 21/11/60, sendo postulantes advogados da Caixa Econômica de São Paulo aos quais foi estendido o regime da Lei n.º 2.829, de 1954 (*Rev. dos Tribunais*, *311*:465-74).

A primeira observação que os citados precedentes suscitam é que êles se referem exclusivamente à interpretação da Lei n.º 2.829, de 1954, cujos destinatários foram os Procuradores e Advogados do Estado; a segunda é que constituem decisões isoladas, de Câmaras do Tribunal de Alçada, em divergência com julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e em frontal oposição à reiterada jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Nada justifica, a meu ver, a proposta da Comissão dos Regimes Especiais do Trabalho de aceitar tais decisões singulares, tomadas em caso especial, como norma geral.

A posição contrária é a que me parece jurídica e que melhor resguarda o interêsse público.

Pedro Lessa ensinava que "... uma decisão judicial só vale como argumento para um juiz pelas razões, pelos raciocínios que encerra e nunca pelo decreto judicial" (*Revista de Direito*, *59*:308-11).

Carlos Maximiliano proclamou a mesma verdade:

"o julgado vale, sobretudo, pelos seus fundamentos" (*Hermenêutica a aplicação do direito*, 3. ed. 1941, p. 226).

Examinemos, portanto, o fundamento das decisões do Tribunal de Alçada citadas. Admitiram elas a formação de uma "relação contratual complementar, em que se verifica a convergência de vontades, de parte a parte" (*Revista dos Tribunais*, *306*:634).

Assim, da opção pelo tempo integral prevista na Lei n.º 2.829, de 1954, por parte do funcionário e sua aceitação pela administração (convergência de vontades surgiria um regime jurídico nôvo de cunho contratual e bilateral.

O regime estatutário e legal seria modificado pela convenção e, assim sendo, sòmente mediante nôvo acôrdo de vontades poderia ser alterado.

O raciocínio não convence. *A faculdade de optar resulta da lei* e o campo em que ela se exerce é do *domínio público, do interêsse do serviço* que não admite composição, transação, disponibilidade ou renúncia, mediante acôrdo de vontades.

Não se trata de exercício de uma atividade privada, ou de manifestação restrita à órbita dos direitos individuais, de conseqüências limitadas ao patrimônio das pessoas interessadas.

O funcionário que opta e o agente da administração que aceita a opção não estão em posição de *pessoas de direito privado*, capazes de transigir e de contratar.

Exercem, como titulares de cargos públicos, faculdade ou função prevista em lei, no interêsse do serviço. Não lhes é permitido criar *situações imutáveis* em benefício de uma das partes, nem tornar *bilateral*, nem *contratual* uma situação jurídica que não se rege pelo direito privado, porque pertencente a esfera do direito público.

Assim a opção por um regime de trabalho, *autorizada na lei*, não se pode tornar *contratual*, por vontade das partes, como se estivessem estas agindo em campo jurídico em que fôssem lícitas as transações e renúncias.

A manifestação da vontade, ou opção, era um *pressuposto legal* para o gôzo do regime, uma condição *para a eficácia do ato*, ao qual não se pode atribuir fôrça capaz de modificar a relação jurídica decorrente do sistema legislativo (ver, a propósito, as observações de SANDULI, Aldo M. — LANDI, Guido & POTENZA, Giuseppe. ob. e loc. citados).

Nem o optante, nem o aceitante da opção tinham *capacidade jurídica* para impedir a ação do legislador, no sentido de modificar, para o futuro, a situação por êles criada.

Para que isto fôsse possível seria necessário admitir-se a tese do *direito adquirido*, cujo resguardo sòmente a norma constitucional impõe ao legislador.

Mas, em se tratando de relação de emprêgo público, entre funcionário e Estado (que não goze expressamente daquela garantia supralegal) a vinculação do direito adquirido é inaceitável, conforme já ficou demonstrado, com base na doutrina e na jurisprudência vitoriosas.

VII

A par do argumento jurìdicamente inviável de que a *vontade das partes* é capaz de transformar relações de direito público em situações de direito privado, de natureza bilateral e a salvo de modificação por parte do legislador, as decisões em exame se inspiraram no presuposto inaceitável de que o regime de trabalho chamado de tempo integral ou de dedicação exclusiva foi instituído em *benefício do funcionário optante*.

De acôrdo com a conceituação aceita pelos mestres e acolhida pela jurisprudência, o *interêsse do serviço* é que inspira as concessões e vantagens outorgadas aos servidores públicos.

No que concerne ao regime especial de trabalho a Lei paulista de n.º 10.059, de 8 de fevereiro de 1968, é expressa:

"Art. 3.º O enquadramento no Regime de Dedicação Profissional Exclusiva terá sempre em vista o *efetivo interêsse público e a exigência do serviço*, segundo programa de trabalho em que se justifique a convocação".

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em sessão plenária, de 28/11/51, reoprtando-se à lição de Gaston Jèze, decidiu que as vantagens atribuídas ao exercício do cargo público " ... *nunca são estabelecidas em consideração à pessoa do funcionário, mas em atenção ao funcionamento do próprio serviço*" (*Revista de Direito Administrativo*, *32*:228-32).

No plano da administração federal vigora a mesma regra. O Decreto n.º 60.091, de 18 de janeiro de 1967, que regulamentou a Lei n.º 4.863, de 1965, dispõe:

"Art. 3.º O regime de tempo integral e dedicação exclusiva será aplicado por iniciativa e no *interêsse da administração*". (Sôbre o assunto ver Lei n.º 4.863, de 29/11/65, art. 7; Lei n.º 4.345, de 26/5/64, arts. 11 e 12; Lei n.º 3.780, de 12/7/60, arts. 49/62; Decreto n.º 57.744, de 3/2/66, arts 11 e 12).

Em vários pronunciamentos, a propósito do regime de tempo integral, o Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP) recordou essa circunstância (*Revista de Direito Administrativo*, *98*:247; *90*:292; *95*:186-7; *94*:246-8). Assim sendo, adverte o ilustre Consultor Jurídico do DASP (com remissão ao art. 3.º do Decreto federal n.º 69.091, de 1967), tendo em vista o regime de tempo integral:

"Dai se infere que não há direito subjetivo do funcionário à sua aplicação (*Revista de Direito Administrativo*, *90*:292).

Decidindo questão suscitada a propósito de percepção de percentagens pelo exercício de cargo em *regime de tempo integral*, "congelada" pela Lei estadual n.º 865, de 1950 concluiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (5.ª Câmara Cível, em 22/2/52):

"O funcionário público não tem direito adquirido às regalias e vantagens do cargo que ocupa, ressalvados os casos

expressamente previstas em lei, como ocorre com a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados". (*Revista de Direito Administrativo, 32*:70); idem, 3.ª Câmara, em 29/9/55, *46*:164; idem, 2.ª Câmara do Trabalho de Alçada, em 17/6/63, *82*:180).

São contrários ao reconhecimento de *direito adquirido* na relação de emprêgo outros acórdãos paulistas (acórdão do Tribunal de Justiça, 2.ª Câmara, em 27/12/55; Acórdão do Tribunal de Alçada, 2.ª Câmara, em 27/2/56, *in Revista de Direito Administrativo, 47*:81 e 84; idem, acórdão do Tribunal de Justiça, 7.ª Câmara, de 2/5/58, *in Revista citada, 56*:180-1).

É desnecessário citar mais decisões judiciais, quer do Supremo Tribunal Federal, quer dos Tribunais paulistas, para concluir-se que as decisões no sentido de aceitar a tese *contratual* na relação de emprêgo *são discrepantes e já estão superadas.* Não há como estender os seus efeitos, com a invocação de *direitos adquiridos* como propôs a Comissão dos Regimes Especiais de Trabalho; nem a sua fundamentação merece acolhida, nem a sua conclusão tem correspondência na doutrina e na jurisprudência dominantes; nem os precedentes sem base jurídica plausível devem prosperar.

VIII

Em Conclusão: Respondendo aos quesitos da Consulta, entendo que Decreto-lei n.º 13, de 1969, se aplica, *com efeito imediato,* às situações funcionais em curso, como é próprio das leis administrativas, ainda que dessa aplicação resultem prejuízos pecuniários ou de outras vantagens para os funcionários que não gozam da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

Não havendo *direito adquirido* à relação de emprêgo, a admissão de uma situação *contratual complementar* imutável *é jurìdicamente inviável,* porque o R. D. E. é estabelecido no *interêsse público* e a lei nova pode *sempre* introduzir as modificações que julgar convenientes à melhoria do serviço e da administração estatal.

É o que me parece. S. M. J.

Carlos Medeiros Silva, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.