FUNCIONÁRIO PÚBLICO — RELAÇÃO ESTATUTÁRIA — OPÇÃO — REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA

— A natureza estatutária das relações entre o funcionário e a Administração, não exclui situações particulares, decorrentes de opção, caso em que a alteração de vantagens depende de acordo de vontades.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Thomaz Francisco de Madureira Pará Filho *versus* Secretário da Justiça
Mandado de segurança n.º 197.294 — Relator: Sr. Juiz HENRIQUE MACHADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança número 197.294, da comarca de São Paulo, impetrante Thomaz Francisco de Madureira Pará Filho e impetrado o Secretário da Justiça.

A Lei estadual n.º 2.829, de 1.º de dezembro de 1954 — que reorganizou o Departamento Jurídico do Estado e deu outras providências — proibiu o Procurador-Geral do Estado, os Procuradores Chefes, o Assessor Chefe, da Assessoria Técnico-Legislativa e os ocupantes dos cargos da carreira de advogado de exercer a advocacia, sem qualquer modalidade de trabalho próprio da profissão, em juízo ou fora dele, a não ser no desempenho das funções de seus cargos (art. 3.º).

Para compensá-los, instituí "o adicional correspondente a 1/3 dos vencimentos que perceberem, atuais ou futuros, adicional que a esses vencimentos é incorporado, para todos os efeitos" (art. 4.º).

E assegurou-lhes "o direito de opção pelo regime estabelecido nos arts. 3.º e 4.º ou pela liberdade do exercício da advocacia" art. 5.º).

O Dr. Thomaz Francisco de Madureira Pará Filho — que é Procurador Seccional, lotado na Procuradoria-Geral do Estado, do quadro da Justiça — optou, em 5.4.1955, pelo regime da liberdade de advogar; em 17.12.1968, resolveu exercitar esse apontado direito de retratação, no que foi atendido; e, após um ano no exercício da dedicação exclusiva (que a Lei n.º 10.059, de 8.2.1968, estabeleceu como requisito para a incorporação, afora outras condições por ele satisfeitas), requereu ao Sr. Secretário da Justiça a apostila de seu título de nomeação, para que dele constasse a incorporação da gratificação da dedicação exclusiva a seus vencimentos, para fins de adicionais, sexta parte e aposentadoria.

O Sr. Secretário, entretanto, indeferiu essa pretensão sua, sob o pretexto de que, sobrevindo o Decreto-lei n.º 13, de 21-3-1969, a norma nele inserta elevou de um para 10 anos o prazo para a incorporação da gratificação em apreço, de forma que ele não se apresentaria com esse requisito, do prazo já completo de um ano ou de 10, a ser completado, na data da promulgação desse diploma.

E daí por que impetrou o presente mandado de segurança, para aquele fim da incorporação a seus vencimentos, para efeito de adicionais, sexta parte e aposentadoria, da gratificação correspondente ao regime de dedicação exclusiva, e isto desde 17.12.1969, isto é, um ano após sua retratação.

Processou-se regularmente o mandado, com as informações da autoridade apontada como coatora e a manifestação da Procuradoria-Geral da Justiça favorável à concessão da reclamada segurança.

A questão *sub judice* não é nova e tem provocado dissensões neste Tribunal de Justiça, com predominância da tese sustentada pela Fazenda do Estado.

Data venia, porém, há um fato indiscutível e incontroverso, que não pode ser ignorado, para a perfeita distribuição da Justiça: o de que o impetrante, ao retratar-se, conforme lhe permitia a opção legal, e passando à dedicação exclusiva, ficou sem os ganhos de sua atividade particular de advogado, reconhecidamente intensa, a par de sua reafirmada e notória competência profissional.

Claro está que, alcançados por ele os demais requisitos da indigitada incorporação, inclusive os de um mínimo de tempo de serviço, lhe seria favorável a retratação, para, com mais um ano do regime de dedicação exclusiva, aposentar-se com a questionada gratificação incorporada a seus vencimentos, com possibilidade de retornar em seguida à atividade particular.

E dúvida não há que se permitirá sofra prejuízos certos, na hipótese de admitir-se possa alcançá-lo o posterior Decreto-lei n.º 13, de 1969.

Se se retratou, evidentemente que foi com a certeza de que, com mais de um ano, poderia, por exemplo, aposentar-se com a gratificação incorporada a seus vencimentos e poderia voltar a sua intensa atividade particular; do

contrário, poderia não se retratar e continuar com o direito à opção, sem suspender aquela outra atividade.

Enfim, há no caso dos autos esse fato significativo e que agora deve ser sopesado, para evitar-se uma solução injusta e iníqua.

Em caso semelhante, de que foi relator o Min. Aliomar Baleeiro, o STF decidiu o seguinte: "V. Não impressiona a invocação do caráter estatutário ou regulamentar da relação jurídica entre o estado e a maior parte de seus servidores. Vários deles — milhares — permanecem em situação contratual. Às vezes, há situações mistas ou híbridas. A tese, em nosso País, é puramente doutrinal, desde que não imitamos outras nações (por exemplo, a França, Lei de 19.10.1946 e, hoje, a Ordem n.º 59/224, de 4.2.1959), que tornaram direito positivo e expresso no Estatuto dos Funcionários o caráter regulamentar da situação jurídica da maior parte dos agentes públicos hierarquizados, permanentes e titularizados. Nem tem apenas aspecto histórico a teoria contratual, sobretudo a de contrato administrativo ou de adesão, seguida no rastro de grandes mestres de fora, pois até hoje doutrinadores insignes, como Bielsa (*Función Pública*, 1960, p. 101 a 103), ainda a ela permanecem fiéis em obras recentes. Aliás, é discussão ociosa, porque, mesmo para os partidários da teoria unilateral, a possibilidade de alteração do regime do funcionário por nova lei está sujeita a limitações constitucionais em certos países, como o Brasil. Nem eles subestimam a participação da vontade do funcionário na formação do vínculo jurídico, que o sujeita ao Estatuto, a ponto de escrever-se que a nomeação se reveste de caráter de ato-condição, porque sujeita a uma condição resolutiva, no caso, a recusa ou silêncio do cidadão nomeado. Ou de opção, como no caso destes autos. Não é caso único, pois até no Direito Fiscal, todo ele criado unilateralmente, há exemplo de opções abertas ao contribuinte e que, uma vez feitas, são inalteráveis pelo estado (por exemplo, as opções do art. 7.º do Decreto n.º..... 47.529, de 1959, em execução das Leis n.ºs 2.862, de 1956, e 3.470, de 1958). Se o estado acenou com uma opção e o funcionário se manifestou, a situação constituída é definitiva e não pode ser modificada unilateralmente" (*RT*, volume 410/450 e 451).

É exato serem de natureza estatutária as relações entre o funcionário e a Administração Pública, como se tem afirmado reiteradamente e admite a jurisprudência predominante: entretanto, não se pode ignorar a existência de situações particulares, autônomas ou *a latere*, de características nitidamente contratuais, como, por exemplo, no caso de opção dada pela Administração ao funcionário, hipótese em que a modificação só será possível diante do acordo de vontades, vedada a alteração unilateral gravosa.

No caso dos autos, a situação do impetrante, no que se refere à incorporação da gratificação aos vencimentos no prazo de um ano do exercício da dedicação exclusiva, se apresenta como verdadeiro direito a termo, de que trata o art. 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e elevado à categoria de imperativo constitucional, como direito adquirido.

Assim é porque o prazo de um ano não configura condição do indigitado direito, mas apenas prazo ou o simples preestabelecido.

E não se trata de condição porque, se assim fosse admitido, então sequer se poderia falar em opção, mesmo porque sempre teria a Administração a oportunidade de, quando quisesse, dilatar o prazo — e isso uma, duas ou mais vezes, sem limitação alguma, desde que ainda não completo o estabelecido.

Tem o impetrante, pois, direito à reclamada segurança, para o fim de constar de seu título a apostila da incorporação da gratificação (correspondente ao regime de dedicação exclusiva) a seus vencimentos, para efeito de adi-

cionais, sexta parte e aposentadoria, e isto desde o dia 17.12.1969.

Isto posto; acordam, em Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, conceder a segurança para os fins acima indicados, liquidadas as custas na forma da lei.

São Paulo, 11 de junho de 1971, Dimas de Almeida, Presidente. Henrique Machado, relator. Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Tôrres de Carvalho e Alcides Faro e, com voto vencido o Des. Joaquim Francisco.