FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DEDICAÇÃO EXCLUSIVA — RELAÇÃO ESTATUTÁRIA — OPÇÃO

— A opção pelo regime de dedicação exclusiva não altera a relação estatutária a que está sujeito o funcionário.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado de São Paulo *versus* Alceu Corrêa e outros
Recurso extraordinário nº 79 492 — Relator: Sr. Ministro CUNHA PEIXOTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento em parte ao recurso.

Brasília, 14 de novembro de 1975. — *Eloy da Rocha,* Presidente. — *Cunha Peixoto,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cunha Peixoto: Os recorridos ajuizaram contra o Estado de São Paulo ação ordinária, objetivando a receber os percentuais relativos ao *Regime Especial de Trabalho,* adicional por tempo de serviço e a sexta parte sobre o total de seus vencimentos e não apenas sobre o padrão ou referência numérica.

A ação foi julgada procedente em primeira instância e a sentença confirmada por uma das egrégias Turmas do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão do qual se destaca o trecho seguinte:

"A Lei nº 2 829, de 1954, conferiu aos advogados do Estado, pela opção do regime de proibição do exercício da advocacia particular, a compensação de um terço dos vencimentos atuais ou futuros, adicional que a esses vencimentos é incorporado, para todos os efeitos legais" (art. 4º).

A Constituição Estadual de 1967 manteve *os atuais advogados com os seus direitos e vantagens adquiridos na carreira* (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º), o que reforçou, consolidando, o caráter de direito adquirido da compensação em causa.

Daí poder falar-se em vantagem quase contratual e, pois, imutável, por ilusória a recuperação, decorridos anos, da freguesia de banca de advogado fechada em razão da opção oferecida pela Administração.

Registre-se que a Lei nº 6 433/1961, ao declarar extinto *o regime de proibição do exercício da advocacia* objeto da Lei nº 2 829/1954, respeitou a situação preexistente, aduzindo expressamente: *ressalvados os direitos adquiridos* (art. 1º).

Embora dominante na função pública o princípio da relação estatutária, não é ele incompatível com o reconhecimento em determinadas hipóteses de uma situação mista, em que ao lado da faculdade reservada à Administração de alterar unilateralmente os seus quadros, dando nova disciplina a cargos preexistentes, coexista uma faixa de relação quase contratual. Considere-se, de início, que o uso da referida faculdade condiciona-se sempre ao respeito do direito adquirido. Não é ela absoluta, mas relativa.

A alteração unilateral da situação funcional encontra limites óbvios na estabilidade, natureza do cargo etc. e, também, ainda que excepcionalmente, nas vantagens pecuniárias a ele atribuídas.

Quando, como na espécie, oferece o Estado ao procurador-funcionário determinada vantagem para que, mediante opção, da advocacia, para consagrar-se totalmente às atividades do cargo público, submete-se espontaneamente a um vínculo de ordem contratual parcial, que se insere na relação de função pública.

Cria-se, então, uma relação mista funcional, na qual perde a Administração, por ato voluntário, a faculdade de modificação unilateral de determinada condição de trabalho. É que tendo logrado afastar o advogado do exercício concomitante de sua profissão particular, mediante compensação, para aquela opção, não lhe será mais lícito alterar unilateralmente a vantagem prometida, ainda que com a cessação de proibição de advogar, que não tem o efeito de restituir àquele, que fechou a sua banca, a clientela que perdeu e que deixou de ampliar irrecuperável, sem dúvida.

Em caso semelhante, de que foi relator o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, o Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu:

"Não impressiona a invocação do caráter estatutário ou regulamentar de relação judídica 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 imitemos outras nações (por exemplo, a França, lei de 19.10.1946 e, hoje, a Ordem nº 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 Publica*, 1960, p. 101-103), ainda a eles permanecem fiéis em obras recentes. Aliás, é discussão ociosa, porque, mesmo para os partidários da teoria unilateral, a possibilidade de alteração de 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 opção abertas ao contribuinte e que, uma vez feitas, são inalteráveis pelo Estado (por exemplo, as opções do art. 7º do Decreto nº 47 529, de 1959, em execução das Leis nº 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" (*R.T.* 410/450-451).

Em suma: embora de natureza estatutária as relações entre o funcionário e a Administração Pública, não se pode ignorar situações particulares, em que coexista na função pública uma zona de características nitidamente contratuais, como no caso da opção em foco, hipótese em que a modificação só se legitimará mediante acordo de vontades, vedada a alteração unilateral gravosa.

Na faixa, portanto, da opção em causa, existe relação contratual que impede o Poder Público de suprimi-la por ato exclu-

sivo, fazendo *tabula rasa* da compensação que espontaneamente ofertou e concedeu.

O regime de dedicação plena que a Lei nº 2 829 estabelecera para a carreira de *Advogado do Estado* podia, como foi, ser estendido a outras carreiras. O que não podia era a Lei nº 9 717, ao conferir àquele regime outra denominação, ampliando-lhe a extensão, retirar aos advogados do Estado o direito adquirido de ter a gratificação pela proibição ao exercício da advocacia particular calculada sobre o total dos vencimentos.

Assistindo-lhes, em face do caráter quase contratual da vantagem contemplada na Lei nº 2 829, o direito adquirido, que a Constituição Estadual de 1967 confirmou (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 8º) e a Lei nº6 433/1961 reafirmou (art. 1º) de calculá-la sobre vencimentos *futuros*, não lhes é aplicável a disposição da Lei nº 9 717 que restringe tal cálculo ao padrão ou referência numérica do servidor.

A gratificação em foco, no tocante aos autores, incide sobre o total dos vencimentos, acrescidos, ainda, das quotas, do adicional por tempo de serviço e da sexta-parte, que a eles se incorporam para todos os efeitos.

Tudo o que compõe os vencimentos deve ser alcançado pela incidência da aludida compensação.

Ora, desde a Constituição Estadual de 1967, o que se repete nas ulteriores, "o adicional por tempo de serviço... bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais incorporar-se-ão aos vencimentos para todos os efeitos", norma, ademais, reeditada nos art. 127-130 do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado (Lei nº 10 261/1968).

Aliás, determinou a Lei nº 2 829 a incorporação aos vencimentos do terço deles *para todos os efeitos* (art. 4º) do que resulta que tanto faz calcular a gratificação R.D.E. sobre o adicional por tempo de serviço e a sexta-parte, como incorporá-la aos vencimentos, como manda a Lei nº 2 829, *para todos os efeitos*, fazendo-a, *ipso facto*, sofrer a incidência daquele adicional e da sexta-parte.

No que tange às quotas outorgadas pela Lei nº 10 168/1968, nada mais significam que aumento de vencimentos, como sempre se decidiu relativamente aos Fiscais de Renda, em situação análoga (*R.T.* 299/396, 308/409, etc.)."

II — Inconformada, recorreu a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, fundada no art. 119, nº III, alíneas *a* e *d*, da Constituição Federal, alegando haver a decisão recorrida ferido o princípio constitucional que assegura a irredutibilidade de vencimentos somente aos Juízes, e ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que fixa os pressupostos do direito adquirido, bem como entrou em dissídio com a *Súmula nº* 27 e diversos julgados deste Colendo Tribunal.

O Vice-Presidente do Tribunal de Justiça deferiu o pedido do recurso extraordinário, mas apenas quanto ao chamado regime de dedicação exclusiva — RDE, em despacho do teor seguinte:

"O recurso merece deferimento quanto ao chamado regime de dedicação exclusiva — RDE. Neste ponto considerou o julgado gozarem os autores de direito adquirido, amparados parcialmente por relação quase contratual. Teve assim como irredutíveis nessa parte os vencimentos dos autores, o que justifica o recurso tanto pela alínea *a* (Const. Fed., art. 113, § 3º, e C. Civ. Intr. 6º) como pela *d* (*Súmula nº* 27; R.D.A. 93/112, 91/88).

Não quanto às *quotas* da Lei nº 10 168/1968 e a forma de incidência dos adicionais por tempo de serviço e sexta-parte. Aquelas, configurando aumento indireto de vencimentos, estendem-se, desde a sua criação, aos inativos *ex vi do* art. 92, X, da

Constituição Estadual. Os citados adicionais porque desde a Constituição Estadual de 1967, — o que vem repetido nas ulteriores, — "o adicional por tempo de serviço... bem como a sexta-parte dos vencimentos incorporar-se-ão aos vencimentos para todos os efeitos", norma, aliás, reeditada nos arts. 127-130 do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado (Lei 10 261 — 1968). A incorporação *para todos os efeitos* importa no efeito da incidência de qualquer vantagem.

No que toca às quotas e adicionais, cingiu-se o julgado à aplicação de direito local, cuja ofensa eventual não comporia reexame por via de recurso extraordinário (*Súmula nº* 280).

Pelo exposto, defiro o recurso quanto à gratificação pelo Regime de Dedicação Exclusiva — (RDE)."

III — O Dr. Antônio de Pádua Ribeiro, pelo Procuradoria-Geral da República, emitiu o parecer seguinte:

"A nosso ver, o acórdão impugnado ao reconhecer com base na teoria contratualista direito adquirido em favor dos recorridos, e, em conseqüência, a incidência do RDE e da gratificação adicional por tempo de serviço sobre as antigas *quotas* negou vigência ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e dissentiu dos princípios consubstanciados na S. 27.

É o que resulta da douta fundamentação do voto do eminente Desembargador Andrade Vilhena, proferido na apelação (fls. 138-140), no qual demonstra que os adicionais qüinqüenais e a gratificação pelo exercício do RDE só incidem sobre o *padrão* ou *referência numérica* dos vencimentos, e não sobre os vencimentos integrais. Essa conclusão, no tocante ao RDE, está reforçada pelos argumentos consubstanciados no voto do eminente Desembargador Sidney Sanches, que ficou vencido nos embargos (fls. 191-193).

Outrossim, conforme já admitiu esse Excelso Pretório, ao não conhecer do RE nº 76 480 (Ac. *DJ.* de 2.1.1974, p. 17, Relator o eminente Ministro Luiz Gallotti) e do RE nº 76 483 (Ac. *DJ.* de 26.10.1973, p. 8 105, Relator o eminente Ministro Aliomar Baleeiro), a gratificação pelo regime de dedicação exclusiva *RDE* incide sobre a referência numérica do padrão de vencimentos e não sobre os vencimentos genéricos (padrão de vencimentos + adicionais).

Nessas condições, o parecer é pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cunha Peixoto (Relator): Fundou-se o recurso extraordinário no art. 119, nº III, letras *a* e *d*, da Constituição.

Inculca haver o aresto recorrido contrariado o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e a *Súmula nº* 27.

Tenho que ocorreram ambos os pressupostos da irresignação, justificando o conhecimento.

2. Predomina no direito administrativo, no tocante aos funcionários, a teoria estatutária, e, conseqüentemente, não se pode falar em direito adquirido do funcionário com relação às situações anteriores, modificadas por leis novas.

Escreveu com propriedade o Ministro Carlos Medeiros Silva: "a faculdade de optar resulta da lei e o campo em que ela se exerce é do domínio público, de interesse do serviço, que não admite composição, transação, disponibilidade ou renúncia, mediante acordo de vontades.

Não se trata de exercício de sua atividade privada, ou de manifestação restrita à órbita dos direitos individuais, de conse-

qüências 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, a faculdade ou função prevista em lei, no interesse 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 à 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 fossem lícitas as transações e renúncias.

A manifestação da vontade, ou opção, era um pressuposto legal para o gozo do regime, uma condição para a eficácia do ato, ao qual não se pode atribuir força capaz de modificar a relação jurídica decorrente do sistema legislativo (ver, a propósito, as observações de Sanduli, Aldo M. Landi, Guido & Potenza, Giusepp. ob. e loc. citados).

Nem o optante, nem o aceitante da opção tinha capacidade jurídica para impedir a ação do legislador, no sentido de modificar, para o futuro, a situação por eles criada". (*R.D.A.*, 103/287-288).

Ora, o acórdão recorrido, embora tenha dito que não acolhia em sua totalidade a teoria contratual com relação aos funcionários, na verdade vinculou-a aos recorridos sob o fundamento de que se tratava de uma situação particular, originada de uma opção, que a lei declarava valer seus efeitos e vantagens também para o futuro.

Na decisão está escrito como fundamento para sua conclusão:

"embora dominante na função pública o princípio da relação estatutária, não é ele incompatível com o reconhecimento, em determinadas hipóteses, de uma situação mista, em que, ao lado da faculdade reservada à administração de alterar unilateralmente os seus quadros, dando nova disciplina a cargos preexistentes, coexista uma faixa de relação quase contratual. Considere-se, de início, que o uso da referida faculdade condiciona-se sempre ao respeito do direito adquirido. Não é ela absoluta, mas relativa.

O aspecto unilateral da situação funcional encontra limites óbvios na estabilidade, natureza do cargo etc., e, também, ainda que excepcionalmente, nas vantagens pecuniárias a ele atribuídas.

Quando, como na espécie, oferece o Estado ao procurador-funcionário determinada vantagem para que, mediante opção, renuncie ao exercício, que lhe era facultativo, da advocacia, para consagrar-se totalmente às atividades vinculadas de ordem contratual do cargo público, submete-se espontaneamente a um vínculo de ordem contratual parcial, que se insere na relação de função pública.

Cria-se, então, uma relação mista funcional, na qual perde a administração, por ato voluntário, a faculdade de modificação unilateral de determinada condição de trabalho. É que, tendo logrado afastar o advogado do exercício concomitante de sua profissão particular, mediante compensação para aquela opção, não lhe será lícito alterar unilateralmente a vantagem prometida, ainda que com a cassação da proibição de advogar, que não tem o efeito de restituir àquele, que fechou a sua banca, a clientela que perdeu e que deixou de ampliar, irrecuperável, sem dúvida".

3. A opção não tinha o condão de modificar a natureza jurídica preexistente entre o funcionário e o Estado.

A ela aplicando o regime dito misto, mas que, na verdade, é o contratual, dissentiu o acórdão dos julgados desta Corte.

4. Por outro lado, como já admitiu este Pretório Excelso, ao não conhecer dos RE nº 76 480 e 76 483, o primeiro relatado pelo Ministro Luiz Gallotti e o segundo pelo Ministro Aliomar Baleeiro, a gratificação pelo regime de dedicação exclusiva incide sobre a referência numérica do padrão de vencimento e não sobre os vencimentos genéricos (padrão de vencimentos, mais adicionais).

Por estes motivos, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial, nos termos do despacho que o admitiu, isto é, apenas quanto ao chamado regime de dedicação exclusiva, que deve recair apenas sobre o padrão de vencimento.

VOTO

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim: Sr. Presidente, estou de acordo com o eminente Ministro Cunha Peixoto, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento em parte, nos termos do despacho que o admitiu, apenas quanto ao chamado regime de dedicação exclusiva, cuja percentagem deve recair sobre o padrão de vencimentos.

No tocante às quotas, objeto da Lei Estadual nº 10 168/1968, não conheço do recurso, porque a matéria se prende exclusivamente à interpretação da Lei Estadual.

EXTRATO DA ATA

RE nº 79 492 — SP — Rel., Min. Cunha Peixoto. Recte., Estado de São Paulo (Adv., Lupércio Marques de Assis). Recdos., Alceu Correa e outros (Adv., Roberto Gonçalves Fávero).

Decisão: Conhecido e provido em parte, à unanimidade.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Bilac Pinto, Antonio Neder, Rodrigues Alckmim e Cunha Peixoto. 1º Subprocurador-Geral da República, o Dr. José Fernandes Dantas.