– Representação de interpretação da Lei em tese. Art. 65, VIII da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979 e art. 1º do Decreto-lei nº 2.019, de 28 de março de 1979. Tempo de serviço computável para fins de concessão de gratificação adicional aos magistrados da União. A inteligência dos dispositivos mencionados resulta, em relação aos magistrados, num conceito mais amplo da prestação de serviço público, de modo a abranger, além da administração direta e autárquica, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo poder público. Descabe, porém, a contagem de tempo de serviço em empresa privada, não tendo relevo, para aqueles fins, o critério de contagem recíproca de tempo de serviço público e de atividade privada, adotada para fins de aposentadoria pela previdência social.

Representação acolhida, para declarar que não é computável, para fins de gratificação adicional devida aos magistrados da União, o tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, salvo quando integrantes da administração pública indireta – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo poder público, ainda que despidas de natureza autárquica.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Representação nº 1.490
Representante: Procurador-Geral da República
Representados: Presidente da República e Congresso Nacional
Relator: Sr. Ministro *Carlos Madeira*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer da representação e assentar a seguinte interpretação do art. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35/79 e art. 1º do Decreto-lei nº 2.019/83: "Não é computável para fins de gratificação adicional, devida aos magistrados da União, tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, salvo quando integrantes da administração pública indireta, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo poder público, ainda que despidas de natureza autárquica."

Brasília, 28 de setembro de 1988. – *Néri da Silveira*, Presidente. *Carlos Madeira*, Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Ministro Carlos Madeira:* Exmo. Sr. Procurador-Geral da República oferece a presente representação para interpretação do art. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, e do art. 1º do Decreto-lei nº 2.019, de 28 de março de 1983, que cuidam da gratificação adicional por qüinqüênio de serviço, tendo em vista decisão do Egrégio Tribunal de Contas da União que considerou computável para fim de concessão da referida gratificação, em favor dos magistrados, o tempo de serviço prestado a qualquer tipo de empresa privada.

Louvou-se a decisão em parecer do Procurador-Geral da Corte de Contas, que, não obstante reconhecer como dominante, até então, o entendimento de que "o lapso temporal da atividade privada é computável apenas para efeito de aposentadoria", admitiu que o mesmo se prestaria à concessão de adicional por tempo de serviço, apoiando-se em julgado do E. Tribunal Federal de Recursos no MS 106.032 e em acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, no RE 109.513.

Com base nesses precedentes é que, segundo o parecer, o próprio Tribunal de Contas, em duas decisões administrativas, já teria deferido gratificação adicional, incorporando tempo de serviço em atividades privadas.

No acórdão da Segunda Turma desta Corte, o eminente Ministro Francisco Rezek, Relator (RE 109.513), depois de anotar que "não se acha em causa qualquer tema afeto à constituição ou à subsistência da relação jurídica fundamental", concluiu que na hipótese incidia o veto do art. 325, letra *d* do Regimento Interno, na redação de 1980, aduzindo que "não aproveitava à União Federal, recorrente, a invocação da Súmula 567, que interpreta o § 3º do art. 102 da Carta da República, uma vez que o que se discutia nada tinha a ver com a contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria ou disponibilidade." A decisão da Corte, desse modo, nada adiantou a favor ou contra a tese sufragada pelo Tribunal de Contas.

O acórdão do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, sobre o caso que deu origem à decisão da Segunda Turma no RE 109.513, assim assentou em sua ementa:

"Administrativo. Magistrado. Adicional por tempo de serviço. Lei Complementar nº 35/79, art. 65, inc. VIII. Decreto-lei nº 2.019, de 28.3.83, art. 1º.

I – Na concessão da gratificação adicional por tempo de serviço, ao magistrado, poderá ser considerado o seu tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, isto porque, o inciso VIII, do art. 65, da Lei Orgânica da Magistratura, como também o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.019, de 1983, mandam considerar, para tal finalidade, o tempo de serviço. O serviço de que trata a Loman tem alcance *amplo* e *não restrito*.

II – O que se procura retribuir é o exercício de uma atividade pública ou privada; é a experiência de vida, é a capacidade de ver, de avaliar e de ponderar; é a prudência, a sabedoria, a isenção e a firmeza necessária ao bom julgador. Isso se consegue seja no campo privado, seja no público. Min. Costa Lima.

III – Segurança deferida."

O ilustre Procurador-Geral da República comenta os votos proferidos no julgamento do mandado de segurança, impetrado por Juiz Federal contra decisão do Conselho da Justiça Federal que lhe indeferira a pretensão de computar o seu tempo de serviço no Banco do Brasil S.A., para efeito de concessão de adicionais por qüinqüênios. E põe em destaque que a maioria dos Ministros que concederam o *writ* emprestou peso decisivo à circunstância de, no caso, cuidar-se de serviço prestado ao Banco do Brasil que, embora pessoa jurídica de direito privado, é uma espécie do gênero entes paraestatais. O Ministro Carlos Mario Velloso, entretanto, foi além, asseverando:

"Com o advento do D.L. nº 2.019, de 28.3.83, qualquer serviço prestado pelo magistrado, que pela lei possa ser considerado como tal, assim o serviço prestado a empresas privadas, desde que possa ser considerado na contagem recíproca, para fins de aposentadoria, nos termos e na forma da Lei nº 6.226, de 14.7.75, deverá ser observado para fins de concessão da gratificação adicional por qüinqüênio de serviço."

Esse voto foi seguido pelo Ministro Washington Bolívar e possivelmente pelo Ministro Pedro Acioli.

Diz o ilustre representante:

"Verifica-se, desse modo, que, das três correntes diversas de fundamentação, entre as quais se dispersou o plenário do col. Tribunal Federal de Recursos, só uma serviria de respaldo à decisão do TCU, ao passo que as duas outras se vinculam, para conceder a segurança, a uma circunstância do caso concreto – o tratar-se da computabilidade de tempo de serviço prestado ao *Banco do Brasil*, sociedade de economia mista, característica à qual alguns votos somaram a peculiaridade do exercício de funções estatais delegadas" (fls. 10).

E prossegue a representação:

"Tanto na decisão do Tribunal de Contas, quanto na do Federal de Recursos, há ainda referência a decisões administrativas sobre a questão, tanto do primeiro, quanto do Supremo Tribunal: nenhuma delas, contudo, tem o alcance que agora se lhes pretende dar.

No Supremo Tribunal, a decisão administrativa mencionada é a do PA n.º 6.719/79, no qual, em 6.12.84, o em. Presidente Cordeiro Guerra determinou a contagem, para todos os efeitos, particularmente o da gratificação adicional, do tempo de serviço prestado pelo em. Ministro Moreira Alves, também ao Banco do Brasil, considerando o despacho (doc. 4) 'que o Banco do Brasil exerce funções delegadas pela União no campo financeiro e social, e que seus funcionários, nessa condição, são equiparados aos funcionários públicos para efeitos penais (...)'

Essa, a decisão administrativa da Alta Corte, cuja invocação alicerçou dois precedentes ulteriores no Tribunal de Contas, nas quais se deferiu aos seus ex-Ministros Mário Pacini (TC 7.060/86) e Glauco Lessa a gratificação qüinqüenal relativa ao tempo de serviço que haviam prestado, também aqui, ao Banco do Brasil.

Verifica-se, pois, que, a exemplo dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, já comentados, também nenhum dos precedentes administrativos colacionados, *data venia*, poderia ter sido chamado em socorro da contagem, para fins de gratificação, do tempo de *toda e qualquer atividade privada*: todos, sem exceção, referiam-se a ex-servidores do *Banco do Brasil* e levaram em conta uma ou mais características da natureza jurídica da sociedade empregadora.

Em relação, particularmente, ao Supremo Tribunal, prova-o outra decisão administrativa: no PA n.º 5.032/85, contra a opinião do il. Secretário-Geral da Presidência – que, de fato, se manifestara pela contagem irrestrita, para todos os fins – o Presidente da Corte, Ministro Moreira Alves, acolhendo parecer da eg. Comissão de Regimento, excluiu do cômputo, para a gratificação adicional, o tempo de magistério, em universidade católica, do em. Ministro Oscar Corrêa.

Relator, o em. Ministro Octavio Gallotti, distinguiu, com precisão, o serviço a pessoa de direito privado, integrante, porém, da administração pública, do prestado a instituição verdadeiramente privada:

'Concordo com a averbação, do tempo de advocacia (quinze anos), de ensino nas duas Universidades Federais em causa (entes autárquicos) e, ainda, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Esta última é fundação instituída e mantida pelo Poder Público, contida portanto na enumeração do permissivo do art. 1º da Lei nº 3.841/60, hoje revogada pela de nº 6.226/75, mas aplicável ao serviço prestado durante sua vigência, que constitui direito adquirido (acórdão do Tribunal Pleno no RE 82.881, RTJ 79/268).

(...)

O conteúdo mais espaçoso da Lei Orgânica da Magistratura e do Decreto-lei nº 2.019/83 derroga, no pertinente aos magistrados, a norma restritiva dirigida aos funcionários em geral, para que se conceitue, no sentido amplo, em relação aos primeiros, a prestação de serviço público, de modo a abranger, além da administração direta e autárquica, as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público.

Não vale, porém, de suporte à compreensão da atividade caracteristicamente privada como, no caso concreto, a de professor da Universidade Católica de Minas Gerais, salvo melhor juízo.'

VI

Nessa última decisão do Supremo Tribunal, é que ao representante parece estar a interpretação mais razoável das normas legais pertinentes.

Certo, é de conceder-se que, ao omitirem a exigência da qualificação de serviço público ao tempo de serviço, enquanto base da gratificação adicional, tanto a Loman quanto o Decreto-lei nº 2.019/83 permitem interpretação mais liberal do que a imposta pela legislação do funcionalismo estatutário sobre a mesma vantagem, que é expressa e enfaticamente circunscrita à atividade pública *stricto sensu* (Lei nº 1.711/52, art. 146; Decreto nº 31.922/52,art. 2º; Lei nº 4.345/64, art. 10, etc.).

No que toca à magistratura federal, a legislação respectiva vinha seguindo o mesmo critério restritivo (*e, g.*, Lei nº 4.369/64, art. 2º).

Assim, a Lei nº 5.010/66, ao reorganizar a Justiça Federal de Primeira Instância, explicitamente determinou, no art. 50, que 'os juízes e servidores da Justiça Federal perceberão gratificação adicional por tempo de serviço, na base de cinco por cento, por qüinqüênio de efetivo exercício (Lei nº 4.345, de 16 de julho de 1964, art. 10), e salário-família, nas mesmas condições estabelecidas para os servidores públicos em geral'.

Não a revogou, de imediato, o art. 65, VIII, da Loman: lei complementar, de caráter nacional, nela apenas se listaram as vantagens que 'nos termos da lei' – federal ou estadual, conforme o caso – poderiam ser concedidas aos magistrados.

É de aceitar-se, porém – adotando-se, no particular, a lúcida argumentação dos Ministros Costa Lima e Carlos Mário Velloso, no Tribunal Federal de Recursos – que o Decreto-lei nº 2.019/83, ao aludir de novo, simplesmente, ao 'tempo de serviço', sem qualificá-lo, haja efetivamente alterado o regime da Lei 5.010/66, que reduzia a gratificação ao tempo de serviço público.

Resta saber se a liberalização do critério anterior foi ao ponto de admitir se computasse, além do serviço público, qualquer serviço privado, ou se – como resulta da linha intermediária, seguida pelos precedentes administrativos do Supremo Tribunal – só se deva contar o serviço a pessoas de direito privado, quando integrantes da administração indireta.

Estamos em que a última é a melhor solução.

Duas são as bases da corrente que sustenta a interpretação extremamente liberal da contagem irrestrita para todos os efeitos:

Parte uma delas da Lei 6.266/65, que, admitindo a contagem recíproca dos tempos de serviço público e de atividade privada, para fins de aposentadoria, traduziria 'a moderna tendência de considerar, para todos os efeitos, qualquer tempo de serviço prestado pelo servidor' (cf. Ministro Carlos Mário Velloso, MS 106.032, cit., doc. 3).

Assim, *data maxima venia*, não nos parece: a contagem para a aposentadoria é *universal* e *recíproca*, ao passo que o cômputo, para a gratificação adicional, que se pretende, além de restrita, no setor público, à magistratura, não teria qualquer correspondência no setor privado. Cuida-se, pois, de um benefício especialíssimo e circunscrito; nunca, da manifestação específica de uma tendência geral.

Ademais, atinente exclusivamente à aposentadoria, o sistema de contagem recíproca tem como pressuposto do cômputo, para a inatividade do funcionário, do tempo de serviço privado, o pagamento oportuno da contribuição devida ao sistema público de previdência social (Lei nº 6.226/75, art. 4º, IV): inspira-o, assim, de certo modo, a idéia de garantir, ao trabalhador que se converte em servidor público, a contraprestação de suas contribuições.

O outro argumento, *data venia*, parece-nos provar decisivamente contra e, nunca, a favor da extrema liberalização pleiteada pelos que invocam: é o que se alicerça em ter o DL. 2.019/83 admitido o tempo anterior de advocacia do magistrado, até o limite de 15 anos, como base de gratificação adicional.

É certo, como se argumenta, que a advocacia não é serviço público, mas profissão liberal, atividade privada.

Não obstante, aí sim, verifica-se uma tendência crescente a equiparar, em favor dos magistrados, o período de advocacia ao do serviço público.

Assim, primeiramente, admitira a Loman que se computasse, "para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de exercício de advocacia, até o máximo de quinze anos", apenas, porém, "em favor dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros dos demais Tribunais que tenham sido nomeados para os lugares reservados a advogados": isto é, somente para os juízes não recrutados necessariamente no serviço público, ou seja, na carreira da magistratura ou do Ministério Público.

A Lei nº 6.044/74 ampliou o benefício, em favor "dos Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos, nomeados na forma do art. 74, da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966". A concessão tinha a sua lógica: a livre nomeação, em cará-

ter excepcional, ali prevista, permitiu se recrutassem antigos advogados, para o primeiro provimento dos cargos de Juiz Federal.

A evolução se completou com o art. 1º, do DL. 2.019/83, quando concedeu a todos os magistrados da União a consideração como tempo de serviço aí, especificamente, para fins de gratificação adicional, de até 15 anos de exercício da advocacia..

Mas, repita-se, essa norma parece duas vezes desfavorável à tese questionada.

Primeiramente, se *toda* atividade privada fosse de contar-se, para tal efeito, a alusão explícita à advocacia, porque inócua, seria despropositada.

Em segundo lugar – e aqui, parece-nos, está o ponto decisivo –, tanto para o efeito de aposentadoria (Loman, art. 50 e Lei 6.044/74), quanto para o da gratificação qüinqüenal (Decreto-lei 2.019/83), a consideração do tempo de advocacia ficou limitada ao máximo de 15 anos.

Ora, são indiscutíveis os fundamentos pelos quais se dá esse tratamento específico ao período anterior da advocacia, no regime jurídico da judicatura.

'No seu ministério privado' – estatui a lei da profissão (EOAB, art. 68) – "o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça'.

De resto, o efetivo exercício da advocacia é pressuposto da investidura de parte dos componentes dos tribunais e, enquanto comprovação habitual da prática forense, requisito de inscrição nos concursos para o ingresso na carreira da magistratura.

Não obstante, insista-se, em favor do magistrado, o cômputo do exercício da advocacia sujeita-se a um *limite máximo*, até 15 anos.

Enquanto isso, para a corrente interpretativa que, respeitosamente, questionamos, o tempo de qualquer outra atividade privada – fosse, embora, de todo alheia à administração da justiça ou, em geral, à administração pública – seria *integralmente* considerado, inclusive, para a gratificação adicional por tempo de serviço.

O paradoxo, *data venia*, é inaceitável.

É pressuposto de toda a interpretação um mínimo de coerência lógica, não apenas formal, mas também substancial, da ordem jurídica, que se presume um *sistema normativo*, não um aglomerado caótico de normas desconexas.

Por isso, em linha de princípio, a interpretação sistemática aborrece a conclusão paradoxal.

Desse modo, não é de endossar, mas, pelo contrário, de repelir o raciocínio que pretenda extrair do preceito legal, que privilegia expressamente o período de advocacia do magistrado, a conseqüência de prodigalizar *ilimitadamente* a qualquer outra atividade privada o favor que só *limitadamente* se concedeu à profissão forense.

Assim, ao contrário da advocacia – que encontra nas suas próprias conexões com a magistratura o fundamento do tratamento legal privilegiado – a contagem do tempo de exercício de outras atividades privadas para a concessão de vantagens funcionais ao magistrado há de encontrar explicação diversa, que lhe seja adequada.

Nesse sentido, é que se tem admitido, com razoabilidade, o cômputo do trabalho prestado a entidades da administração pública indireta, aí sim, ainda quando se trate de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, a sua organização sob a forma de pessoas de direito privado não lhes subtrai o caráter de instrumentos da ação do Estado, voltados, direta ou indiretamente, à consecução de finalidades estatais.

Finalmente, pede-se vênia para reputar parte integrante dos fundamentos desta representação os valiosos argumentos deduzidos em despacho do Ministro Marcelo Pimentel, sobre a matéria, que segue anexo.

VII

Espera o representante, pelo exposto, que, conhecendo da representação, o Supremo Tribunal proclame correta a interpretação do art. 65, VIII, da LC 35/79 e do art. 1º, do Dl. 2.019/83, segundo a qual não é computável, para fins da gratificação adicional devida aos magistrados da União, o tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, salvo quando integrantes da administração pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público, ainda quando despidas de natureza autárquica)" (fls. 10/17).

II

Solicitadas informações, encaminhou o Exmo. Senhor Presidente da República as que foram elaboradas pela Consultoria-Geral da República, acompanhadas de manifestações da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República e do Ministério da Fazenda.

No longo e minucioso trabalho da Consultoria-Geral da República, após o histórico da legislação e da jurisprudência sobre a contagem de tempo de serviço, diz o seu autor:

"Feita essa rápida visão retrospectiva da evolução das normas constitucionais, legais e regulamentares pertinentes ao tema em questão, vê-se que o tempo de serviço prestado em entidades governamentais, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, não era computável, no cálculo da gratificação adicional denominada 'qüinqüênios', a favor dos magistrados, porque não era considerado "tempo de serviço público", para o funcionalismo público federal, cuja legislação era aplicável à Justiça, "por força de compreensão, que suprir lacuna legislativa", até então existente.

A Loman, ao suprir a falta do estatuto próprio da magistratura, estabeleceu as vantagens que poderiam ser outorgadas aos seus componentes, incluindo dentre elas a "gratificação adicional" de 5% por qüinqüênio de serviço, até o máximo de sete (LC 35/79, art. 65, item VIII).

Dispondo sobre o cálculo dessa vantagem, o Decreto-lei nº 2.019, de 28.3.83, ampliou o alcance do "tempo de serviço", para compreender nele incluído o de "exercício da advocacia, até o máximo de 15 anos" (art. 1º), que em certos casos já era computado para aposentadoria e disponibilidade (LC 35/79, art. 77).

Ficou aberto à interpretação, porém, o conceito de 'tempo' a ser computado, além do referente ao exercício da magistratura e da advocacia.

A Constituição, no art. 113, ao tratar da aposentaria e disponibilidade, fala em "trinta anos de serviço público" (§ 2º) e em "Tempo de serviço" (§ 3º). Já a LC 35/79, tratando do mesmo tema, refere-se a "tempo de serviço" (arts. 42, itens IV e V, 50 e 56) e a "30 (trinta) anos de serviço público" (art. 74), mas no concernente à gratificação adicional, referiu-se a "qüinqüênios de serviço" (art. 65-VIII). O Decreto-lei nº 2.019/83 também, dispondo particularmente sobre a gratificação adicional, aludiu a "qüinqüênios de serviço" (art. 1º).

Como as normas constitucionais e legais pertinentes não precisaram o conceito de „tempo" nem fizeram distinção entre o de "serviço" e o de "serviço público", poder-se-ia até dar prevalência ao entendimento vinculativo do "tempo" à prestação de "serviço público", como tal compreendido, apenas o de vinculação aos órgãos públicos e autarquias, dada a sua natureza jurídica, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei.

Este o entendimento predominante na administração, sem maior oposição, fundado no art. 7º, do Decreto nº 31.922, de 15.12.52, que dispõe, no seu item I:

"I – entende-se como tempo de serviço público efetivo o que tenha prestado à União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, em cargo ou função civil ou militar, ininterruptamente ou não, em órgãos de administração direta ou autárquica, apurado à vista dos registros de freqüência, folhas de pagamento ou dos elementos regularmente averbados no assentamento individual do funcionário."

Já que sempre foi interpretado assim, no âmbito do Poder Executivo, não se vê motivo suficiente para alterar-se tal entendimento, para o funcionalismo público, até em homenagem ao princípio de que *minime sunt quae interpretationem certam semper habuerunt.*

Ocorre que, nas informações prestadas pelo Ministério da Fazenda, dá-se notícia de já haver decisões administrativas do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em sentido mais abrangente (Processos 6.719/79 e 5.032/85, referidos no Parecer PGFN/CDN-11/88, que acompanhou o Aviso MF 21/88, em anexo).

No primeiro (PA 6.719/79) ter-se-ia admitido a contagem, para efeito dos "qüinqüênios", do tempo de serviço prestado ao Banco do Brasil S/A, não tanto por ser uma sociedade de economia mista, mas porque "exerce funções delegadas pela União no campo financeiro e social, e que seus funcionários, nessa condição, são equiparados aos funcionários públicos, para efeitos penais."

No outro (PA 5.032/85), teria ficado assnte que "o conteúdo mais espaçoso da Lei Orgânica da Magistratura e do Decreto-lei nº 2.019/83 derroga, no pertinente aos magistrados, a norma restritiva dirigida aos funcionários em geral, para que se conceitue, no sentido amplo, em relação aos primeiros, a prestação de serviço público, de modo a abranger, além da administração direta e autárquica, as empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder Público", bem assim que não se conta o tempo de serviço prestado em atividade caracteristicamente privada.

Essa noção conceitual de "serviço público" certamente estará balizada pelo regime da prestação desenvolvida pela entidade respectiva, a qual há que configurar uma "atividade administrativa pública", como assim justifica o preclaro mestre Celso Antonio Bandeira de Mello, na sua preciosa obra *"Prestação de Serviços Públicos e Adminis-*

tração Indireta" (2ª Tiragem da 2ª edição, feita em 1983, pela *Revista dos Tribunais*, p. 18/segs.), a saber:

"V – Conceito de Serviço público à luz do sistema constitucional e os serviços governamentais.

Como toda e qualquer noção jurídica, esta – serviço público – só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar. Daí que só merece ser designado como serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível diretamente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de direito público.

(...) *(omissis)*

Não é difícil, então, compreender porque Jeze tão oportuna e corretamente afirmou que o serviço público, é um 'processo técnico – e não único através do qual se satisfazem necessidades de interesse geral."

Conclui-se, pois, espontaneamente, que a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados; o outro, traço formal indispensável que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de direito público, isto é, numa "unidade normativa" formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo.

(...) *(omissis)*

Em suma: o que se deseja encarecer é que de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de direito público e outras prestadas em regime de economia privada. Posto que o jurista só tem interesse em localizar quais as regras e princípios que presidem seu desempenho, ver-se-ia a braços com noção inútil, imprestável para indicar-lhe o único objeto que tinha em mira.

Percebe-se, sem dificuldade, então, que o primeiro elemento do serviço público é absolutamente insuficiente para configurá-lo, de vez que se trata de simples suporte fáctico, substrato material, sobre que se constrói a noção jurídica propriamente dita. Por isso, tal substrato pode se encontrar reproduzido inúmeras vezes sem que, entretanto, se possa falar em serviço público. Isto é, quando houver prestação de utilidade ou comodidade, oferecida pelo Estado e fruível diretamente pelos administrados, haverá serviço governamental, mas não necessariamente serviço público. Este só existirá se o regime de sua prestação for o regime administrativo, ou seja, se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública.

Eis, pois, os fundamentos teóricos da noção de serviço público formulada inicialmente, ao se dizer que:

'Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo'.

Logo, é forçoso concluir que a noção de prestação descentralizada de serviço público cinge-se às hipóteses em que o Estado transfere para outra pessoa jurídica uma prestação de utilidade ou comodidade aos administrados, desempenhada sob regime jurídico especial informado por prerrogativas soberanas de autoridade e por restrições especiais em seu exercício.

Como o Estado pode instituir entidades personalizadas para suplementarem a iniciativa privada atuando segundo processos de direito privado, segue-se que nem toda entidade governamental, nem toda pessoa jurídica por ele criada, desempenha serviço público; por isso não basta que se trate de criatura instituída pelo Estado para existir descentralização administrativa.

(...)"

Logo, além do tempo de serviço prestado em órgão público ou autarquia, bem assim o de advocacia, só se conta o de atividade em pessoa jurídica de direito privado quando esta for entidade da Administração Indireta, prevista nos arts. 4º e 5º do Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, com a nova redação dada pela Lei nº 7.596, de 10.4.87, desde que incumbida de exercer função pública delegada ou outorgada" (fls. 142/146).

O Ministro-Chefe da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República, em sua breve manifestação, põe-se de acordo com a conclusão do Procurador-Geral da República quanto à correta interpretação do art. 65, VIII da LC 35/71 e do art. 1º do Decreto-lei nº 2.019/83.

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

III

O Exmo. Senador Humberto Lucena, Presidente do Congresso Nacional, encaminhou informações à aprovação do texto do Decreto-lei nº 2.019, de 28 de março de 1983, e ao processo legislativo da Lei Complementar nº 35, de 1979, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, acompanhadas de abundante documentação.

IV

Instado a pronunciar-se sobre as informações, o Procurador-Geral da República reafirmou os termos da representação.

É o relatório.

VOTO

O *Sr. Ministro Carlos Madeira* (Relator): Dispõe o art. 65 da Lei Complementar nº 35, de 1979:

"Art. 65 – Além dos vencimentos, poderão ser outorgados aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

VIII – Gratificação adicional de cinco por cento por qüinqüênio de serviço, até o máximo de sete."

Essa gratificação adicional qüinqüenal foi assegurada aos Magistrados, bem como aos membros do Ministério Público e do Serviço Jurídico da União, pela Lei nº 4.439, de 27.10.64, de conformidade com o art. 10 e seus parágrafos da Lei nº 4.345, de 20.6.64, em substituição ao acréscimo de vencimentos por tempo de serviço concedido aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público por força do disposto no art. 12 da Lei nº 3.414, de 1958.

A Lei nº 5.010, de 1966, concedeu aos Juízes Federais idêntica vantagem.

O tempo de serviço, para efeito de qüinqüênios, era o prestado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Territórios e Municípios, em cargo ou função civil ou militar, ininterruptamente ou não, em órgãos da administração direta ou autárquica. Tal era a previsão estatutária, regulamentada pelo D. 31.922, de 1952.

Apenas para efeito de aposentadoria foi admitida a contagem recíproca de tempo de serviço prestado por funcionários da União, suas autarquias, sociedades de economia mista e fundações instituída pelo Poder Público, a partir da Lei nº 3.841, de 1960.

Se a contagem do tempo de serviço tornou-se mais liberal, para fins de aposentadoria, assim não foi para o efeito de outras vantagens estatutárias, como o adicional por tempo de serviço. Reflete essa posição, na legislação do pessoal, o parecer acolhido pelo E. Tribunal de Contas da União, em sessão extraordinária de 27 de outubro de 1971, atendendo à consulta formulada pelo Superior Tribunal Militar. Nesse parecer se afirmou que:

"Afora os casos expressamente previstos em lei, surgiram dúvidas sobre se seria contado, para efeito de qüinqüênios, o tempo de serviço prestado em *entidades diversas*, quer em repartições estaduais ou municipais, sendo certo, porém, que não o seria, quando se tratasse de entidades da administração indireta, dotadas de personalidade jurídica própria (excetuadas as autarquias), como tais compreendidas, para este efeito, as sociedades de economia mista instituídas pelo poder público, caso em que se contaria tão-somente para efeito de aposentadoria, nos termos do disposto no art. 80, itens III, IV e V, da Lei nº 1.711/52, combinado com o art. 1º da Lei nº 3.841/60" (RDA 108/371/372).

O Supremo Tribunal Federal também consagrou esse entendimento, como se vê no acórdão no RE 74.719, Relator o eminente Ministro Antônio Neder, a propósito da contagem recíproca de tempo de serviço federal, estadual e municipal:

"O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal é computável inteiramente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade e tão-somente para estes efeitos" (RDA 128/131).

Todavia, em 1974, no RE nº 79.179-MT, Relator o Ministro Aliomar Baleeiro, este E. Plenário assentou que:

"Funcionários. Tempo de serviço.

1. Art. 102, § 3º, da Emenda nº 1, de 1969, não é um limite máximo, no sentido do art. 13, V, do mesmo diploma, mas uma garantia mínima do funcionário.

2. A Pessoa de Direito Público não pode restringir essa garantia, mas não está impedida de computar o tempo de serviço para outros efeitos" (*RTJ*, 73/925).

No mesmo sentido manifestou-se o eminente Ministro Leitão de Abreu, no RE 80.078 (*RTJ*, 73/963).

E o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, interpretando a norma do § 3º do art. 103 da Constituição, segundo a qual "o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentaria e disponibilidade, na forma da lei", assim as-

severou, em voto proferido no RE 77.811: "(...) o próprio texto constitucional estabeleceu as ressalvas ao princípio de que somente o tempo de serviço público prestado à pessoa jurídica, em cujo serviço o funcionário se aposente, é que deve ser computado; mandou contar para a aposentadoria e para a disponibilidade também o serviço público prestado à União, a outros Estados e a Municípios. Esse cômputo é obrigatório para todas as entidades de direito público interno."

E prossegue:

"Mas a concessão de gratificação ou adicional por tempo de serviço? Acaso existe princípio de direito positivo, de ordem constitucional, que proíba Estados de concederem adicionais ou gratificações, quer pelo serviço prestado ao Estado, quer por serviços prestados a entidades outras, ou, até mesmo, pela prestação de serviços que se têm como 'serviço público' prestado 'em ministério privado" (*sic*) (Lei nº 4.215/63, art. 68)? Creio que não existe. Nem está escrito, na CF/67, que tempo de serviço prestado a entidade diversa somente pode ser contado para aposentadoria ou disponibilidade (o advérbio não figura no texto); nem se limitou o direito de os Estados remunerarem seus servidores mediante gratificações. Logo, se o cômputo de determinado tempo de serviço (*v.g.*, advocacia) pode suscitar dúvida quanto à aposentadoria ou disponibilidade (porque sujeitos, os Estados, à disciplina federal quanto a aposentadorias), não encontro impedimento a que, na retribuição funcional, em que não se lhes restringe a liberdade de fazê-lo, possam os Estados conceder gratificação por tempo de serviço, incluindo, no conceito deste, para tal fim, os que considere justo computar."

E adiante:

"Quanto aos mais períodos contados (serviço prestado à União, ao próprio Estado, serviço militar) também tidos como serviço público, não diviso, igualmente, inconstitucionalidade em serem considerados no cálculo de vantagens. Friso: se nada obstava a que o Estado concedesse gratificações por esses tempos de serviço adicionados a outros que lhe foram prestados, não vejo inconstitucionalidade na lei estadual que gratifica todo esse tempo, nem no acórdão que, interpretando a lei estadual, considerou que a expressão "gratificação adicional por tempo de serviço" tinha em conta, igualmente, esses outros períodos" (RTJ 76/530/531).

Como se vê, a jurisprudência da Corte fixou o exato alcance da norma constitucional que rege a contagem do tempo de serviço para efeito de aposentadoria e disponibilidade, extremando-a do conceito de tempo de serviço necessário à concessão da gratificação adicional.

Embora essa jurisprudência tenha se formado em torno de questões oriundas dos Estados, não há dúvida que também no âmbito da União pode ser feita a distinção. A contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria e disponibilidade há de obedecer às normas do § 3º do art. 102 e do art. 103 da Constituição. Para fins de concessão de gratificação adicional, entretanto, não subsiste a limitação constitucional, podendo ser computado até o exercício de atividades consideradas serviço público, como a advocacia, nos termos do art. 68 da Lei nº 4.215/63.

É refletindo essa orientação que o Decreto-lei nº 2.019, de 28 de março de 1983, prevê a contagem de tempo de serviço, em relação aos magistrados, ao estabelecer em seu art. 1º:

"Art. 1º – A gratificação adicional de que trata o art. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, em relação aos Magistrados de qualquer instância, será calculada sobre o vencimento percebido mais a representação, nos percentuais de 5 (cinco), 10 (dez), 15 (quinze), 20 (vinte), 25 (vinte e cinco), 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco), respectivamente, por qüinqüênio de serviço, neste compreendido o tempo de exercício de advocacia, até o máximo de 15 (quinze) anos, e observada a garantia constitucional da irredutibilidade."

Ínsito à noção de tempo de serviço fixada na lei, está não só o conceito de função pública, como também o de serviço público. A antiga distinção entre tais conceitos, fundada nos dois tipos de atividade estatal – função pública como atividade necessária do Estado, prestada em razão de cargo público, e serviço público, como atividade que somente adquire esse caráter quando o Estado dela se faz titular – vem perdendo nitidez, pela igual valorização da atividade da administração centralizada e a que é afetada à administração indireta. Esse igual peso de atividades se deve, sobretudo, à crescente acomodação das instituições públicas e jurídicas às exigências coletivas, que renovam as funções do Estado, transmudando-as em atividades que desbordam da estrutura administrativa tradicional, para se organizarem em empresas e fundações, prestadoras de serviços que atendem a necessidades específicas da coletividade. Sentiu tal evolução Villegas Basavilbaso, ao distinguir o serviço público prestado *uti universi*, quando não há usuário propriamente dito, e *uti*

singuli, quando há usuário, isto é, quando beneficia a uma pessoa ou a uma coletividade específica. No primeiro caso, a ação do Estado concretiza a função pública e no segundo, as prestações não são privativas do Estado, mas por ele são desenvolvidas para atender a necessidades de determinada coletividade.

Caio Tacito, que cita a lição do mestre argentino, aduz que "ao conceito *jurídico* de serviço público, como expressão típica da atividade estatal, poder-se-á, ainda, agregar a sua significação econômica, social, política ou fiscal, nem sempre coincidente com o sentido orgânico ou administrativo da expressão. A lei considera mesmo, para fins determinados, como serviço público *lato sensu*, atividades que são de exercício privado, como, por exemplo, a advocacia, o jornalismo ou a assistência social" (Direito Administrativo, p. 198).

Por outro lado, o fato de serem adotadas formas que são peculiares às pessoas jurídicas de direito privado não desmerece a natureza pública dos entes estatais criados para prestar serviços públicos. É que, como assinala Agustin Gordillo, "el Estado es siempre persona pública y ente de derecho público aún cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos. Esta doctrina de la personalidad única del Estado, admitida hoy sin discusión en el derecho público moderno con referencia al Estado central, es a nuestro juicio enteramente aplicable a todas sus entidades descentralizadas: éstas, por el solo hecho de formar parte del Estado, adquieren un indudable carácter público, a pesar de que puedan estar en alguna medida regidas por el derecho privado: ello es así porque todo lo que hace a la creación y supresión, competencia, formación de la voluntad, etc., estará casi siempre regido por el derecho público, y sólo quedará para el derecho privado lo referente al contenido de sus actos o contratos" (Empresas Del Estado, 1966, p. 41/42).

Torna-se evidente, desse modo, que a adição do tempo de serviço prestado aos entes da Administração Indireta, ao tempo de serviço em função pública, é conseqüência do próprio desenvolvimento das atividades do Estado, que já não são estanques, mas, ao revés, se inter-relacionam, no desempenho de funções em que se confundem o setor público e o setor privado, assumido pelo Poder Público.

Em relação aos magistrados, teve o eminente Ministro Octavio Gallotti oportunidade de manifestar-se, no tocante à contagem de tempo de serviço, no sentido de que "o conteúdo mais espaçoso da Lei Orgânica da Magistratura e do Decreto-lei nº 2.019/83 derroga, no pertinente aos magistrados, à norma restritiva dirigida aos funcionários em geral, para que se conceitue, no sentido amplo, em relação aos primeiros, a prestação de serviço público, de modo a abranger, além da administração direta e autárquica, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público."

Advertiu, porém, o eminente Ministro, que a inteligência daqueles diplomas legais não vale de suporte à compreensão de atividade caracteristicamente privada, afastando, desse modo, a integração de tempo de serviço prestado nessa atividade. É que, no vínculo laboral com a empresa privada inexiste o elemento essencial da atividade estatal ou assumida pelo Estado, que qualifica o tempo de serviço como público.

Nem há como adotar-se o critério de contagem recíproca de tempo de serviço público e de atividade privada, adotado pela Lei nº 6.226, de 1975, apenas para efeito de aposentadoria previdenciária. Restrito aos efeitos de seguridade social, que a lei unificou, não pode ser confundido tal critério com o da contagem do tempo de serviço para efeito de vantagens funcionais.

Com essas razões, acolho a representação, para declarar a interpretação do art. 65, VIII da Lei Complementar nº 35, de 1979, e do art. 1º do Decreto-lei nº 2.019, de 1983, no sentido de que:

"(...) não é computável, para fins da gratificação adicional devida aos magistrados da União, o tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, salvo quando integrantes da administração pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público, ainda que despidas de natureza autárquica)."

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Rp. nº 1.490-8-DF – Rel.: Min. Carlos Madeira. Rpte.: Procurador-Geral da República. Rpdos.: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: depois do voto do Ministro Relator, que conhecia da Representação e declarava a interpretação dos arts. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, e 1º do De-

creto-lei nº 2.019, de 28 de março de 1983, pediu vista o Min. Néri da Silveira. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Oscar Corrêa. Plenário, 19.5.88.

Presidência do Senhor Ministro Rafael Mayer. Presentes à Sessão os Senhores Ministro Djaci Falcão, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Moreira Alves e Francisco Rezek. Procurador-Geral da República, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.

VOTO (VISTA)

O *Sr. Ministro Néri da Silveira:* pede-se, na representação, assente o Supremo Tribunal Federal a interpretação do art. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), e do art. 1º, do Decreto-lei nº 2.019/1983, notadamente, da cláusula "por qüinqüênio de serviço".

Reza o dispositivo referido:

"Art. 65 – Além dos vencimentos, poderão ser outorgados aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

VIII – Gratificação adicional de cinco por cento por qüinqüênio de serviço, até o máximo de sete."

2. Na representação, alude-se a uma das interpretações que têm sido acolhidas em julgados, em ordem a entender "por qüinqüênio de serviço" o tempo de serviço em qualquer atividade, pública ou privada, sem limite. O representante sustenta, porém, que a exegese correta há de ser a que não computa, para gratificação adicional devida aos magistrados da União, o tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, "salvo quando integrantes da administração pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público, ainda quando despidas de natureza autárquica)".

3. O eminente Ministro Carlos Madeira, em seu douto voto, acolheu esse último entendimento, ao afirmar:

"Torna-se, evidente, desse modo, que a adição do tempo de serviço prestado aos entes da Administração Indireta, ao tempo de serviço em função pública, é conseqüência do próprio desenvolvimento das atividades do Estado, que já não são estanques, mas, ao revés, se inter-relacionam, no desempenho de funções em que se confundem o setor público e o setor privado, assumido pelo Poder Público."

Em relação aos magistrados, teve o eminente Ministro Octavio Gallotti oportunidade de manifestar-se, no tocante à contagem de tempo de serviço, no sentido de que "o conteúdo mais espaçoso da Lei Orgânica da Magistratura e do Decreto-lei nº 2.019/83 derroga, no pertinente aos magistrados, a norma restritiva dirigida aos funcionários em geral, para que se conceitue, no sentido amplo, em relação aos primeiros, a prestação de serviço público, de modo a abranger, além da administração direta e autárquica, as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público".

Advertiu, porém, o eminente Ministro que a inteligência daqueles diplomas legais não vale de suporte à compreensão de atividades caracteristicamente privadas, afastando, desse modo, a integração de tempo de serviço prestado nessa atividade. É que, no vínculo laboral com a empresa privada inexiste o elemento essencial da atividade estatal, ou assumida pelo Estado, que qualifica o tempo de serviço como público.

Nem há como adotar-se o critério de contagem recíproca de tempo de serviço público e de atividade privada, adotado pela Lei nº 6.226, de 1975, apenas para efeito de aposentadoria previdenciária. Restrito aos efeitos de seguridade social, que a lei unificou, não pode ser confundido tal critério com o da contagem do tempo de serviço para efeito de vantagens funcionais.

Com essas razões, acolho a representação, para declarar a interpretação do art. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35, de 1979, e do art. 1º do Decreto-lei nº 2.019, de 1983, no sentido de que: '(...) não é computável, para fins de gratificação adicional devida aos magistrados da União, o tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, salvo quando integrantes da administração pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público, ainda que despidas de natureza autárquica).'

4. O tempo, para o trabalhador em geral e para quem presta serviço público em particular, constitui, inequivocamente, um bem. Pode, inclusive, em certas circunstâncias, ser objeto de direito adquirido. Previsto e disciplinado pelos Estatutos da função pública, no capítulo 'Dos Direitos e Vantagens', o tempo de serviço público é, destarte, na vida do funcionário, um fato jurígeno. Com o perpassar do tempo, enquanto o servidor exerce suas funções, vai constituindo o que se denomina "antigüidade no emprego público". O *fato do exercício*, da efetiva prestação do serviço, é acontecimento a que a lei empresta aptidão geradora de direito: *direito à antigüidade*. Os efeitos

desse direito, desse bem integrante do patrimônio do servidor – *e não ele mesmo* – são o que a lei pode alterar de futuro.

A antigüidade do servidor público provém, assim, em princípio, de um *fato* do mundo objetivo (prestação de serviço – *exercício)*, que se torna *fato jurígeno* por incidência de *norma legal* (regras sobre tempo de serviço). A noção de tempo de serviço, de antigüidade do servidor público, prende-se, fundamentalmente, dessa maneira, a uma idéia de realidade, de objetividade, que pressupõe, outrossim, a existência de um vínculo entre o prestador do serviço e o beneficiário do trabalho. Tempo de serviço, na União ou no Estado-membro, implica, em princípio, real, efetivo desempenho de atividades em favor de uma dessas pessoas administrativas, sob a égide de uma relação empregatícia de direito público.

5. Consignam, é certo, os ordenamentos específicos da função pública, de forma tradicional, exceções a essa regra da objetividade na constituição do tempo de serviço, considerando-se, como tal, também, períodos, quer de não-exercício, quer de prestação de trabalho a outros beneficiários (pessoas de direito público ou até de direito privado). É a figura do denominado "tempo de serviço *ficto*', que se conhece ao lado do 'tempo de serviço *real*'. São exemplos conhecidos na primeira hipótese (não-exercício) os casos de afastamento do serviço, em virtude de: a) férias; b) licença-prêmio; c) licença para tratamento de saúde. Conumeram-se, na segunda hipótese (prestação de trabalho a outros beneficiários), em relação à União: a) para fins de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço público estadual ou municipal (Constituição Federal, art. 102, § 3º) e distrital (Lei nº 1.711/1952, art. 8º, I); b) para efeitos de gratificação adicional o tempo de serviço efetivo prestado aos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, "em cargo ou função civil ou militar, ininterruptamente ou não, em cargos da administração direta ou autárquica, apurados à vista dos registros de freqüência, folhas de pagamento ou dos elementos regularmente averbados no assentamento individual do funcionário" (Lei nº 1.711/1952, art. 146, e Decreto nº 31.922/1952, que a regulamentou, art. 7º, I), em regime estatutário ou celetista; c) para fins de aposentadoria, o tempo de serviço anterior prestado a sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público (Lei nº 3.841/1960, que dispõe sobre contagem recíproca, para efeito de aposentadoria, do tempo de serviço prestado por funcionários dessas entidades, art. 1º e § 1º, hoje revogada pela Lei nº 6.226/1975, mas aplicável ao serviço prestado durante sua vigência); d) para efeitos de aposentadoria, o tempo de atividade privada, em razão da contagem recíproca, a teor da Lei nº 6.226/1975; e) para os fins de aposentadoria, disponibilidade e gratificação adicional dos magistrados federais, o exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos (Loman, art. 77; Lei nº 6.044/74; Decreto-lei nº 2.019/1983, art. 1º, desde que não concomitante com tempo de serviço público).

O tempo de serviço *ficto* tem, assim, sua existência prevista e definida *em lei;* é criatura da *lei.* Não ocorrendo disposição legislativa, que confira determinado efeito, a tempo de serviço prestado a entidade, pública ou privada, diversa daquela onde o prestador do trabalho mantém seu vínculo empregatício, não há considerá-lo no âmbito do patrimônio jurídico-funcional. Observada a hierarquia das normas, certo está ser lícito ao legislador ordinário criar formas novas de tempo de serviço ficto, a compor o suporte de incidência de normas que assegurem direitos a prestadores de serviço público.

6. De outra parte, na exegese de normas relativas à função pública, não é possível desconsiderar a natureza do direito ou da vantagem que se deferem em virtude da prestação do trabalho.

Nesse sentido, em parecer que emiti, como Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, a 27.7.65 (Of. Gab. 92/65-16), tive ensejo de anotar, em torno da locução 'serviço público'.

'Compreendo que, tão-só, em se tratando de vantagem, que decorra, imediatamente, do exercício, seria possível, *sub specie juris*, emprestar-se exegese restritiva à fórmula – *serviço público.* Tal, *ad exemplum*, valeria em regra ao dispor sobre avanços, quantos forem os triênios de *serviço público.* Em hipótese tal, sim, é lícita a interpretação limitativa, porquanto o instituto do *avanço* pressupõe exercício, segundo o sistema vigorante entre nós, quer assiduidade funcional, num determinado período, vinculadamente a um cargo e a uma esfera administrativa. É forma de melhoria, para os detentores de cargos isolados. Quando a lei se refere a *triênios de serviço público*, importa entender tempo de serviço público *estadual.* Diferentemente, seria ignorar o intérprete a natureza do instituto examinado."

Noutro passo, anotei:

"Ora, a expressão "serviço público", em seu sentido próprio, refere-se tanto à ordem federal, quanto à estadual e à municipal. Essa é a sua acepção comum".

E, adiante, observei:

"7. A hipótese aludida, no Parecer nº 5.960, do egrégio Conselho do Serviço Público, quanto à contagem de tempo de serviço estranho à órbita estadual para efeitos de *qüinqüênios*, no Estado da Guanabara, casa, de inteiro, com a posição acima sustentada por esta Consultoria-Geral, de vez que o direito aos qüinqüênios há de ser compreendido como vantagem vinculada imediatamente ao exercício do servidor, na esfera administrativa, em que se deva beneficiar. O cômputo de períodos estranhos somente pode ocorrer existindo regra legal expressa autorizatória de tal *accessio temporis*. Esse, aliás, é o procedimento já consagrado, entre nós, no pertinente à gratificação adicional, a cujo respeito norma legal, explicitamente, dispõe sobre aproveitamento de tempo de serviço, *fora da ordem estadual gaúcha* (Lei nº 1.751/52, art. 110, §§ 2º, 3º e 4º). Trata-se, aí, outrossim, de instituto de legislação ordinária e não de vantagem atribuída, por via de construção legislativa excepcional, consoante sempre acontece com os reenquadramentos, por vezes tidos, sob censura de inconstitucionalidade.'

7. Ora acerca da natureza da gratificação adicional por tempo de serviço, escreve Carlos S. de Barros Junior, *in* dos Direitos Adquiridos na Relaçao do Emprego Público, p. 90/91: "59. Se bem que vantagem de certo modo distinta, peculiar, entre as gratificações costuma ser incluída a retribuição por trabalhos já prestados, ao funcionário atribuída por motivo de tempo de permanência ao serviço do Estado, e como prêmio a essa permanência. É a chamada gratificação adicional por tempo de serviço.

Trata-se de contraprestação especial, que não remunera serviço atualmente prestado, mas prestado no passado, *labore facto*. Mais precisamente: constitui prêmio à continuidade, ou melhor, à quantidade do trabalho, ao esforço desenvolvido em benefício do interesse coletivo. É, além disso, um estímulo a essa persistência. Trata-se, aliás, de benefício que, no dizer de Themístocles Cavalcanti, deveria ser largamente usado em relação aos cargos isolados, que exigem essa melhoria de remuneração.

Alcança o agente essa vantagem, por conseguinte, através da prestação do serviço, por prazo determinado. Tem o caráter de vantagem pessoal, porque não altera o padrão de vencimento do cargo – passa a integrar a retribuição daquele funcionário que adquiriu o direito, incorporando-se aos vencimentos, constituindo um todo, na conformidade da lei e para efeitos nela estabelecidos. Tem-se entendido que esse acréscimo de retribuição se defere ao agente, em função do tempo de serviço constituindo vantagem que se incorpora ao patrimônio do funcionário, com caráter definitivo, desde que verificado o decurso de tempo legalmente previsto para a outorga da gratificação. É direito que se perfaz pelo simples decurso do tempo, sendo tão-somente declaratório o ato de sua concessão. Antes de transcorrer o tempo previsto na lei, a situação é de mera expectativa de direito, depende, para realizar-se, do implemento da condição de tempo de serviço estatuída na lei. É, assim, outra hipótese de direito adquirido, oriunda da relação de emprego público".

É bem de notar, destarte, que essa vantagem guarda íntima vinculação com a prestação de serviço a determinada entidade, a que se vincula o servidor; é um autêntico prêmio à permanência no serviço. Não é cabível, portanto, sem lei que isso autorize, computar tempo de serviço estranho à pessoa administrativa, beneficiária da prestação do trabalho, aos efeitos dessa vantagem típica da continuidade no serviço público.

Compreendo, dessa sorte, que não é possível, na exegese dos dispositivos legais em referência, ao disciplinarem a gratificação adicional por tempo de serviço, entender que, na locução "por qüinqüenio de serviço", se possa ter como computável atividade estranha à pessoa administrativa à qual se vincula o magistrado. Certo está, quanto aos magistrados federais, que há norma geral, em matéria de gratificação adicional, no âmbito da União, que autoriza, como tempo ficto, contar o período de serviço estadual ou municipal.

Não há, entretanto, lei que publicize serviço prestado a entidade privada, aos efeitos de perfazer qüinqüênios de serviço, para garantir percepção de gratificação adicional por tempo de serviço federal. Ressalva-se, nos dispositivos referidos, o exercício da advocacia, até quinze anos.

8. Propõe-se, entretanto, *quaestio juris*, relativamente ao tempo de serviço prestado a entidades da Administração Pública indireta, tais como, sociedades de economia mista com controle acionário da União Federal, empresas públicas federais ou fundações instituídas e mantidas pela União.

Não se afirma a existência de dúvida, no que concerne à Administração indireta, em se tratando de autarquias federais, eis que o serviço prestado a essas pessoas administrativas federais é indiscutivelmente público da União, equiparado, assim, a todos os efeitos, ao tempo de serviço na entidade matriz federal.

Desde o advento do Decreto-lei nº 200, de 1967, com a forma administrativa adotada, esti-

pulou-se, no art. 4º, *verbis*:

"Art. 4º – A Administração Federal compreende:

I – a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II – a Administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) autarquias;

b) empresas públicas;

c) sociedades de economia mista.

"§ 1º – As entidades compreendidas na Administração Indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

"§ 2º – Equiparam-se às empresas públicas, para os efeitos desta lei, as fundações instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades."

Quanto ao parágrafo 2º do art. 4º, suso transcrito, o Decreto-lei nº 900/1969 regulou a matéria, em seu art. 3º, *verbis*:

'Art. 3º – Não constituem entidades da Administração Indireta as fundações instituídas em virtude de lei federal, aplicando-se-lhes, entretanto, quando recebem subvenções ou transferências a conta do orçamento da União, a supervisão ministerial de que tratam os arts. 19 e 26 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967".

De outra parte, vem esta Corte entendendo que se revestem da forma autárquica as Fundações instituídas e mantidas pela União, que recebam dotações orçamentárias federais, estejam suas contas sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União e sua administração se faça sob supervisão de órgãos federais. Assim, dentre outras, as decisões nos C. J. nºs 6.772-1/DF, 6.785-2/DF, 6.792-5/DF, 6.799-2/DF e 6.819-1/DF.

Compreendo, dessa maneira, que, integrando esses órgãos a Administração Federal, o serviço a eles prestado pode ser entendido como serviço da União, aos efeitos da cláusula "por qüinqüênio de serviço". A entidade beneficiada pela prestação do trabalho é ser descentralizado da União, exclusivamente, ou ente que, sobre ele exerce a União controle acionário, ou sendo titular única das ações, fica sob seu controle administrativo e financeiro, sob sua fiscalização orçamentária. Cuida-se, então, de serviço de Administração Federal, indireta, assim definida em lei. O caráter e interesse administrativos da União sobrelevam, enquanto fim, a eventual dimensão formal de qualificar-se como ente com personalidade de direito privado.

Idênticas considerações valem, quanto a essas entidades, nos âmbitos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Do exposto, conheço da representação e a julgo procedente, a fim de, na compreensão do art. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35/1979, e do art. 1º, do Decreto-lei nº 2.019/1983, dar à cláusula "por qüinqüênio de serviço" a interpretação segundo a qual, nela, não se inclui tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, salvo quando integrantes da administração pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Poder Público).

EXTRATO DA ATA

Rp. nº 1.490-8-DF – Rel.: Min. Carlos Madeira. Rpte.: Procurador-Geral da República. Rpdos.: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: depois do Ministro Relator, que conhecia da Representação e declarava a interpretação dos arts. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, e 1º do Decreto-lei nº 2.019, de 28 de março de 1983, pediu vista o Ministro Néri da Silveira. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Oscar Corrêa. Plenário, 19.5.88. Ausentes, justificadamente, os Srs. Mins. Moreira Alves e Francisco Rezek.

Decisão: o Tribunal conheceu da representação e assentou a seguinte interpretação do art. 65, VIII, da Lei Complementar nº 35/79 e art. 1º do Decreto-lei nº 2.019/83: "Não é computável para fins de gratificação adicional, devida aos magistrados da União, tempo de serviço prestado a pessoas de direito privado, salvo quando integrantes da administração pública indireta, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo poder público, ainda que despidas de natureza autárquica." Decisão unânime. Votou o Presidente. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Mins. Oscar Corrêa e Moreira Alves. Plenário, 28.9.88.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira, Vice-Presidente, na ausência justificada do Senhor Ministro Rafael Mayer, Presidente. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Moreira Alves, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja. Procurador-Geral da República, o Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.