

Direito adquirido e natureza jurídica do regime estatutário

ALLICE FERREIRA DE OLIVEIRA, FERNANDA STHELLA QUEIROZ
DE ANDRADE E MILLA BATISTA LEITE CORREA DA COSTA

Sumário: 1. *Introdução*; 2 *Relações jurídicas subjetivas e objetivas*; 3. *Doutrina clássica*; 4. *Formulação doutrinária de Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena*; 5. *Jurisprudência analisada*; 6 *Considerações finais*; *Referências bibliográficas*

1. Introdução

O tema do direito adquirido e da natureza jurídica do regime estatutária vem sendo tratado pela jurisprudência como se fosse questão incontestada. Contudo, uma análise acurada da doutrina mais autorizada relativa à temática permite criticar a concepção segundo a qual não há direito adquirido a regime jurídico e propor novas soluções para os casos concretos.

Com o intuito de compreender em que consiste a natureza estatutária do vínculo existente entre o servidor público e o Estado, deve-se analisar a dita inexistência de direito adquirido a regime jurídico, tendo como pressuposto a noção de unilateralidade da fixação e alteração do regime de função pública do Estado. Para tanto, faz-se necessária a discussão de casos concretos que, no presente artigo, teve-se ao exame de dois acórdãos: do Superior Tribunal de Justiça (STJ), relativo ao recurso em Mandado de Segurança nº20.691 – ES e do Supremo Tribunal Federal (STF), relativo a Embargos Declaratórios no Mandado de Segurança nº24.381-3/DF.

Antes de promover a análise da jurisprudência destacada, faz-se necessária uma digressão acerca das formulações doutrinárias que abordam o tema.

2. Relações jurídicas subjetivas e objetivas

O ilustre autor Gustavo Magalhães¹ estatui um novo critério para a diferenciação da natureza do regime jurídico que permeia o vínculo entre servidor público e Estado. Nesse sentido, perquire-se a natureza da situação, em detrimento da própria natureza do regime. Tais situações são caracterizadas subjetivas, nas hipóteses em que a fonte imediata do vínculo decorre de um contrato, que, por sua vez, retira o seu fundamento de validade de uma lei.

A lei regente no momento da criação do vínculo, portanto, é fonte mediata ou indireta da relação jurídica. A modificação da legislação aplicável não atinge as relações previamente firmadas, sob a regência de norma diversa. Nestes casos, reafirma-se que o vínculo apresenta natureza contratual ou celetista. Há margem de liberdade para que a Administração Pública estabeleça o regime jurídico individualizado, variável para cada servidor, haja vista a possibilidade de negociação entre as partes. Consoante a doutrina tradicional, os servidores submetidos a este vínculo apresentam direito adquirido às condições firmadas contratualmente.

Não se pode olvidar que a emergência de nova lei, de caráter cogente ou imperativo, afeta o vínculo entre servidor e Estado diretamente, independentemente da natureza estatutária ou celetista, em virtude da veiculação de um conteúdo de ordem pública. Deve-se ressaltar que estas normas restringem a auto-

1 MAGALHÃES, Gustavo A. Contratação Temporária por Excepcional Interesse Público: Aspectos Polêmicos. São Paulo: LTr, 2005, p.201 a 234.

nomia da vontade das partes em função do interesse público. A preservação das características do vínculo de natureza contratual se dá apenas em face de lei dispositiva, que não afeta a relação jurídica previamente estatuída.

Haveria também situações objetivas ou impessoais, em que a fonte imediata da relação jurídica estabelecida é a própria lei. Nestes vínculos regidos diretamente por lei, a mera alteração legislativa enseja a mudança de regime jurídico aplicável. Identifica-se, por conseguinte, a relação jurídica objetiva e a formação do vínculo estatutário, de teor unilateral. Estes servidores, por sua vez, não possuem direito adquirido em relação às garantias estabelecidas por lei vigente no momento da conformação do vínculo.

Entretanto, o autor assevera que os vínculos estatutário e celetista não podem ser diferenciados pelo critério da produção de efeitos por alterações legislativas. Reputa-se presente a autonomia da vontade no momento da emergência do próprio vínculo estatutário, razão que obsta a recusa da natureza contratual a esta relação jurídica. Em decorrência da verificação da mesma natureza, há unidade quanto à aferição do direito adquirido; portanto, ou este direito adquirido se encontra presente nas duas modalidades de vínculo, ou em ambos não se vislumbra esta garantia, o que ensejaria a alteração de quaisquer dos regimes por mera alteração legislativa.

A natureza das normas jurídicas, cogentes ou dispositivas, é que determinará a existência de direito adquirido às condições estabelecidas no momento da formação do vínculo, a despeito das modificações legislativas. Para tanto, faz-se imprescindível a determinação do conteúdo de *ordem pública*, presente nas normas cogentes, de incidência imediata em quaisquer vínculos Estado-servidor.

Nesse sentido, o autor enuncia que a concepção de ordem pública é conceito jurídico fluido ou indeterminado, incumbindo-se ao legislador a delimitação de quais normas podem ser incluídas nesta classificação. Nas omissões legislativas, caberá ao Poder Judiciário, na tutela do bem comum ou interesse público, manifestar-se sobre a natureza das normas e a sua conseqüente incidência sobre as relações jurídicas formadas entre Estado e servidor público.

Nos dois casos concretos em análise, vislumbram-se situações objetivas ou gerais proporcionadas pela transição de regime. Não se verifica a criação de situação jurídica individualizada, variável entre servidores. O conteúdo do vínculo é previsto em lei, e delimitado unilateralmente pela Administração Pública, inexistindo possibilidade de negociação entre as partes. A autonomia da vontade, neste vínculo designado estatutário, limita-se à anuência quanto à sujeição a um regime previamente estipulado em lei. O próprio ato de ingresso do servidor nos quadros da Administração é caracterizado ato-união, haja vista a restrição da margem de liberdade do servidor.

A teoria subjetivo-objetiva do autor encontra embasamento na concepção de atos-regra e de situações subjetivas, na aceção de Celso Antônio Bandeira de Mello. Nesse sentido, dispõe Bandeira de Mello:

As situações gerais são produzidas por atos correspondentes, ou seja, atos que têm materialmente o alcance de criar disposições gerais e abstratas. Tais atos denominam-se atos-regra. A lei, o regulamento, estatutos, regimentos, convenções coletivas de trabalho são atos-regra (situações legais ou regulamentares).

As situações subjetivas são produzidas por atos correlatos, é dizer, cujo alcance material restringe-se ao produtor ou aos produtores deles. Tais atos são chamados de atos subjetivos. Seu modelo característico é o contrato. Cifram-se a regular relações específicas do ou dos intervenientes no ato. Por meio deles os sujeitos delineiam uma específica relação jurídica, desenhando-lhes a figura com o empenho de suas vontades. É o que sucede entre os contratantes que acordam numa dada compra e venda (relativa tão só a eles), numa certa hipoteca, em determinado mútuo. O mesmo ocorre na doação de certo bem².

Ressalta-se que, embora a teoria subjetivo-objetiva da situação jurídica apresente infindável valor doutrinário, a sua aplicabilidade se encontra dificultada ante a complexidade do fenómeno jurídico. Quaisquer situações apresentam faceta objetiva e subjetiva, conjuntamente, vislumbrando-se hipóteses-limite em que se torna impossível a verificação segura da primazia de uma destas esferas sobre a relação jurídica analisada. As situações jurídicas são essencialmente híbridas, motivo pelo qual a tese subjetivo-objetiva não se apresenta como elemento basilar desta exposição desenvolvida.

3. Doutrina Clássica

A concepção clássica se posiciona pela inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Segundo essa concepção, a incorporação de bens jurídicos ao patrimônio da pessoa não comporta gradação.

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Aplicação da Lei no Tempo em Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo 134. Out./Dez. 1978. p.13.

Segundo Gabba³, são dois os elementos caracterizadores do direito adquirido: ter sido produzido por um fato idôneo e ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, §2º conceitua direito adquirido, *in verbis*: *Se consideram adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, ao arbítrio de outrem.*

O entendimento que nega a possibilidade de aquisição de direito em regime jurídico e ignora a doutrina a respeito do direito expectado e da gradação da aquisição é amplamente consolidado na jurisprudência dos tribunais:

**ADI 3104/DF - Distrito Federal.
AÇÃO DIRETA DE INCOSNTITUCIONALIDADE. Relatora:
Min. Cármen Lúcia Julgamento:
26/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno**

Ementa

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO '8º' DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A aposentadoria é direito constitucional

3 GABBA apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros. 1992. p.379.

que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

AI-ED 567722 / MG - MINAS GERAIS

EMB. DECL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 11/09/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma

*EMENTA: Embargos de declaração em agravo de instrumento. 2. Decisão monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Desacerto da decisão não demonstrado. 4. Militar. Adicional por habilitação profissional. **Direito Adquirido a regime jurídico. Impossibilidade.** Irredutibilidade de vencimentos. Não ocorrência. Precedente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifos nossos)*

Nesse sentido, o entendimento de José Afonso da Silva, segundo o qual o direito subjetivo que não foi exercido se transforma em direito adquirido quando da instituição de lei nova *porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudicá-lo só pelo fato de o titular não o ter exercido antes.*⁴

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, mesmo que um funcionário só solicite um direito à licença prêmio depois do advento de lei que cancele tal benefício, tem direito adquirido à sua obtenção, nos termos e condições estabelecidos pela lei vigente à época em que completou o prazo determinado por lei para seu exercício. Contudo, antes de vencido o prazo só haveria expectativa de direito, mas não direito adquirido.

Ressalta ainda o autor que, tratando-se de uma relação institucional, não há nenhum óbice jurídico à modificação das normas que o disciplinam, colhendo-o, de imediato, o novo regi-

4 SILVA, Op. Cit. p. 380.

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.22.

me estabelecido. Quando da existência de vínculo estatutário, ao contrário do que ocorre quando o vínculo é contratual, *não se constituiria direito adquirido à persistência das condições de prestação de serviço ou direitos e deveres existentes ao tempo da formação do vínculo, isto é, vigentes à época de sua investidura no cargo.*⁶

Colhe-se, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestação da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Odília Ferreira de Luz Oliveira, que bem ilustra o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência:

*O regime jurídico único tem caráter estatutário, objetivo, pois os direitos, deveres, garantias e vantagens dos servidores públicos — seus status, enfim — são definidos unilateralmente pelo Estado-legislador, que pode, também unilateralmente, alterá-lo a qualquer momento, sem se cogitar de direito do servidor à manutenção do regime anterior (...). A superioridade jurídica do Estado nas relações com seus servidores (e com os administrados em geral) também objetiva única e exclusivamente a satisfação do interesse público. Portanto, aos entes públicos é vedado renunciar a ela e aos privilégios dela decorrente*⁷s.

O conceito de status, utilizado pela Subprocuradora-Geral da República, recebeu melhor formulação na doutrina do professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, a qual merece estudo mais acurado, pois, por fim, embasará o posicionamento desse estudo de casos.

6 BANDEIRA DE MELLO. Op. Cit. p. 21.

7 Supremo Tribunal Federal - ADIN nº 492-1 Distrito Federal. D.J. 12/03/93. Relator: Min. Carlos Velloso.

4. Formulação doutrinária de Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena

Em relações jurídicas dotadas de menor complexidade, relativas às obrigações e direitos unitários, as expectativas se limitam à repercussão na esfera da autonomia da vontade. Este status criado *é verdadeira qualitas juris em atuação no tráfico jurídico e que se compõe em conteúdos autônomos e homogêneos de relações jurídicas agrupadas.*⁸

Conforme ensina o autor, *o status indica uma reunião de aptidões jurídicas em simetria que se formam e se movimentam dentro de especiais círculos de ação, para a realização e tutela de interesses especificamente qualificados e o mais nítido asseguramento da efetividade jurídica ali visada.*⁹

O status é um complexo de direitos e deveres, conjunto de normas que regem uma relação jurídica. O tratamento de suas garantias depende das repercussões oriundas da dinâmica de obrigações intrínsecas ao status.

Desse entrelaçamento de direitos e deveres surge a interdependência entre direitos garantidos e aqueles que ainda estão em formação, retirando sua coerência l

Este status é estruturado de modo harmônico e apresenta em seu conteúdo uma infinidade de elementos simples e complexos, entrelaçados. Nesse sentido, agregam-se fatos da própria vida, bem como fatos da realidade jurígena.

Este encadeamento de relações jurídicas se agrupa de modo orgânico e sistemático, ensejando uma coerência lógica que

8 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário*. Brasília: Revista de Informação Legislativa nº 29, v. 8. 1971, p. 12.

9 VILHENA. Op. Cit. p. 13.

produz a sustentação de um direito em formação em situações jurídicas consolidadas, e em direitos garantidos previamente pela ordem jurídica. Nesse contexto, a expectativa de direito ou expectativa simples não pode ser apartada deste complexo unitário de direitos e deveres, uma vez que a tutela de interesses abarca uma série de legitimações que são absorvidas pelo patrimônio jurídico do servidor. Entretanto, a existência de direitos e garantias em relação de interdependência faz com que a mera expectativa de direito seja insuficiente à satisfação da tutela dos interesses jurídicos, ante a exigência da composição garantista de bens parcelados. Na acepção de Pontes de Miranda, haveria, nestas hipóteses, direito à aquisição de direitos.

Nesse sentido, trazemos à lume a explanação de Carlos Maximiliano:

*Cumprê, outrossim, distinguir, ensina êsse tratadista, entre expectativas e faculdades, que, originando-se de lei ou de fato de homem, se ligam a precedente direito adquirido; grangeado o direito, adquiridas ficam as faculdades oriundas do mesmo. Assim, a lei nova não pode sujeitar a novas condições nem suprimir faculdade abstrata inerente a certo direito adquirido.*¹⁰

Na tutela de interesses, as sucessivas posições jurídicas do legitimado, recobertas pela potencialidade patrimonial, são tão relevantes quanto os direitos garantidos e que suportam direitos em formação, vez que a integração de direitos expectados depende inteiramente de atuação de seu titular. Como decorrência lógica, é imprescindível distinguir a mera expectativa de direitos dos direitos expectados.

10 VILHENA. Op. Cit. p.14.

A intensidade da expectativa é graduada consoante o critério do grau de incorporação do bem ao patrimônio jurídico do legitimado, segundo entendimento de Pontes de Miranda.

A precisão imbuída na norma jurídica é determinante do grau de segurança da incorporação do direito ao patrimônio jurídico de seu titular, pois ao legitimado é atribuído, consoante teor da norma, poder variável de disposição acerca do conteúdo daquele bem, bem como há distintos graus de preservação da eficácia.

Nestes termos, o direito expectado é delineado por expectativas que guardam maior segurança e, via de consequência, assumem a condição de verdadeiros direitos subjetivos. Portanto, as próprias posições jurídicas adquirem este status de direitos.

A lei confere segurança a direitos desta natureza, convertendo-os em objetos de tutela e designando-os direitos adquiridos.

*Por conseguinte, o grave erro da doutrina tem consistido em encarar o direito adquirido como um conceito estático, rígido, e não como uma posição jurídica dinâmica, cambiante na intensidade de asseguramento e consecução de um bem (...)*¹¹

O direito expectado se encontra imiscuído em um complexo de direitos e deveres, inter-relacionados em um todo harmônico e unitário, especialmente nas relações jurídicas de caráter continuativo, como se afigura no regime estatutário. A aquisição de direitos deverá ser analisada à luz das implicações dessa plêiade de relações jurídicas irradiadas pelo estatuto, uma vez que todos os direitos e deveres estão entrelaçados. Desta maneira, emerge um direito autônomo, decorrente deste complexo de relações jurídicas imbricadas e que confere ao legitimado poderes de tutela dos direitos parcelários em formação.

11 VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro. Op. Cit. pág.17.

5. Jurisprudência analisada

O primeiro acórdão, o recurso em Mandado de Segurança nº 20.691 aborda, em síntese, a possibilidade da incorporação da gratificação de adicional por tempo de serviço quando da mudança do regime celetista para estatutário. Os recorrentes foram contratados sob o regime celetista, pelo INCAPER (Instituto Capixaba de Pesquisa Agropecuária) e DER (Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes do Estado do Espírito Santo). Ao tempo recebiam gratificação adicional por tempo de serviço, designada sob a rubrica GATS.

Com a promulgação da Lei complementar estadual 187/2000 migraram para o regime estatutário, disciplinado pela Lei complementar estadual 46/94. Foram enquadrados, por opção, em 2002, como servidores do Ministério Público Estadual, consoante a Lei estadual 7.233/2002. Através do referido Mandado de Segurança, alegam a ilegalidade do ato que retirou dos seus vencimentos a GATS. Atestam haver direito adquirido, decorrente do vínculo de emprego contratual. Para tanto, se fundamentam na infringência aos arts. 7º, VI da Constituição Federal¹² e 457 da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho)¹³ e 2º, § 1º da Lei complementar estadual 187/2000¹⁴.

12 Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI – Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

13 Art.457 Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário, devido e pago, diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

14 Art.2º O tempo de serviço dos servidores públicos submetidos por esta lei ao regime estatutário, somente será computado para fins de férias, 13º vencimento, aposentadoria e disponibilidade.

§1º Fica garantido ao servidor de que trata o art.1º o direito a continuar percebendo os mesmos valores de remuneração, correspondentes ao seu salário e vantagens permanentes, aplicando-se-lhes, a partir da vigência desta lei, exclusivamente as vantagens pecuniárias relativas ao regime estatutário do servidor público do

O Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo estabeleceu que o direito ao adicional por tempo de serviço é disponível e, por conseguinte, poderia ser renunciado a qualquer tempo, tendo, na hipótese, se consubstanciado no ato de opção dos impetrantes pelo enquadramento do Ministério Público Estadual. O Superior Tribunal de Justiça exarou entendimento segundo o qual servidor público não tem direito adquirido à manutenção de regime jurídico funcional, sobretudo no que se refere à remuneração, desde que as alterações não impliquem redução de seu quantitativo final. Tal entendimento também encontra respaldo em consolidada orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Relato em apertada síntese o primeiro acórdão, passa-se à análise da decisão dos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 24.381-3, interposto contra do ato do Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou à Universidade Federal de Goiás a expedição de novo ato, com o valor da vantagem a que a impetrante faria jus ao se aposentar. Também questiona ato da Reitoria que, para apurar o valor das horas extras que a impetrante faria jus no momento da aposentadoria, retroagiu à data da implementação do Regime Jurídico Único e, a partir de então, deduziu dele todos os aumentos reais de remuneração concedidos aos servidores.

Os Embargos de Declaração foram opostos contra decisão que manteve a suspensão do pagamento de horas-extras, incorporadas ao salário da impetrante por decisão judicial com trânsito em julgado. O fundamento do acórdão embargado foi o de que, dada a alteração do regime da impetrante, de celetista para estatutário, não se poderia invocar coisa julgada ou direito

Estado do Espírito Santo, inclusive aquelas que se originarem de tempo de serviço que vier a ser prestado após o enquadramento no novo regime.

adquirido em relação a regime diverso do estabelecido na Lei nº 8.112/1990.

A Corte se pronunciou, conforme jurisprudência consolidada, no sentido de que não há ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e à irredutibilidade de vencimentos em relação a vantagens adquiridas em regimes jurídicos diversos. Rejeitou os embargos de declaração, concluindo que o acórdão explicitou a impossibilidade de incorporação aos proventos de servidor estatutário de horas extras concedidas por decisão transitada em julgado que tomou por parâmetro a aplicação do regime celetista.

6. Conclusão

Embora haja completa pertinência nas teorias adotadas tanto por Celso Antônio quanto por Gustavo Magalhães, a solução por eles apontada relativa à utilização do critério da objetividade ou subjetividade da relação jurídica, como já citado supra, gera inadequações na aplicação ao caso concreto. Deve-se ter em mente que toda situação objetiva gera uma determinada situação subjetiva, de modo que não há que se falar em distinção entre casos com base nessa definição; todo caso concreto será, portanto, uma situação subjetiva que decorre de uma regulação objetiva.

A adoção do dito critério, dessa forma, enseja o afastamento da proteção ao direito adquirido, pois, sempre possibilita uma concepção de relação jurídica como objetiva o que em tese prejudicaria a idéia de aquisição de direito.

Quanto à utilização da noção adotada por Gustavo Magalhães baseada no critério da incidência de norma de ordem pública para determinar a aquisição ou não de direito, há controvérsias. Toda norma é norma de ordem pública em última análise, o

que significa dizer que o juiz analisará face ao caso concreto a definição do que seria a aludida “ordem pública”, afastando a tutela do direito *sub judice* na maioria das vezes e gerando um alto poder de discricionariedade concentrado na capacidade decisória do órgão judiciário.

A concepção a ser adotada, nesse sentido, deve ser a construída por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, vez que embasa-se numa idéia de gradação na aquisição do direito. Dessa gradação extrai-se um dos critérios para a determinação da existência de direito adquirido no caso concreto: o critério temporal. Ainda que não seja possível aplica-lo de modo a solucionar a questão do direito adquirido, o tempo de exercício do direito pelo sujeito é critério bastante sustentável para a apreciação do *quantum* de direito adquirido.

Mas não só esse parâmetro pode-se retirar da brilhante abordagem da questão aqui posta realizada pelo professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. Também a análise do conceito de status serve de embasamento para a criação do critério da coerência interna, segundo o qual a aquisição do direito é tanto maior quanto mais condizente com o plexo de normas a que o sujeito que pleiteia a aquisição está submetido.

Já que as normas do estatuto (que aqui se entende configurado tanto nas relações estatutárias quanto nas celetistas) devem guardar uma coerência interna e retiram umas das outras, de seu entrecruzamento, sua legitimidade, essa coerência é elemento norteador necessário da apreciação da aquisição do direito.

Conforme demonstra o Ministro do Supremo Marco Aurélio Mello, houve uma evolução permanente da relação servidor público e Administração em outros países, nomeadamente na França, Inglaterra, Espanha e Itália. No campo da negociação

coletiva, cita o ministro¹⁵, os países com setor público consolidado admitem a possibilidade de negociação entre servidores e a Administração através de um sistema de consulta ou formalizando um acordo geral. A própria Constituição de 1988, continua Marco Aurélio Mello, ao prever o direito à sindicalização e à greve e, por remissão expressa aos incisos VI e VII do artigo 7º (que dispõem sobre salários e jornada de trabalho mediante acordo coletivo), assegura a negociação coletiva.

Há uma tendência apontada pela doutrina de afastamento do autoritarismo que envolve as relações estatais, gerando uma flexibilização das posições rígidas e, portanto, da noção de supremacia da Administração Pública. Questiona o Ministro se seria possível ainda prevalecer, mesmo após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e da Lei dos Servidores Públicos Federais, nº8112/90, um sistema tão obsoleto que em nome do interesse público relega a segundo plano garantias tradicionais como as relativas ao ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Conforme menciona, houve uma substituição do termo “funcionário público” por “servidor público” em virtude da valorização social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito em substituição a um Estado Autoritário que emanava das constituições anteriores. O artigo 37, XV, por sua vez, estendeu aos servidores em geral o que era prerrogativa da magistratura até então, estatuinto, inclusive, a irredutibilidade de vencimentos, e o artigo 39 buscou colocar um fim na trilogia do sistema constitucional anterior (estatutário, celetista e especial), de modo a beneficiar os servidores da administração direta. O §2º do mesmo dispositivo faz referência a vários incisos do artigo 7º da Constituição Federal com o intuito de uniformizar as situações dos trabalhadores urbanos e rurais e servidores.

15 Ação Direta de Inconstitucionalidade Federal nº492-1.

Para Marco Aurélio Mello, não é possível alegar que haja sob a égide da Lei 8112/90 um regime estatutário em virtude da incompatibilidade com a contratualidade. O artigo 13¹⁶ da referida lei revela que direitos e obrigações não são estabelecidos no ato da posse para sem alterados pela União por meio da noção de “conveniência e oportunidade” e sim para serem observados. Os servidores são, assim, trabalhadores que prestam serviço ao Estado, como qualquer outro, não sendo mais cabível a concepção de “supremacia da Administração Pública”.

O legislador, nesse sentido, ao referir-se à “assinatura do respectivo termo” atribui-lhe valor de contrato por vedar a alteração unilateral dos direitos e deveres nele consignados, concedendo aos partícipes a condição de partes. Conforme conclui o Ministro, seria um retrocesso conferir ao regime único conteúdo estatutário nos moldes, segundo ele vetustos, já citados. Dessa lição e, comungando da concepção de que a natureza do vínculo do servidor com o Estado tem caráter contratual, extraímos a noção de que há um novo paradigma regendo a relação do servidor com a Administração Pública. Nesse contexto, o tema do direito adquirido deve sofrer uma releitura com base em princípios constitucionais.

Cumprе destacar que a Carta Constitucional de 1988, em seu art. 39, ao instituir o regime jurídico único dos servidores, apresentava como finalidade precípua o tratamento isonômico entre os indivíduos que ocupam diversas funções no seio da Administração Pública. Dessa maneira, mais relevante que a caracterização do regime jurídico único como estatutário ou celetista, é o tratamento isonômico dos servidores que apre-

16 Art. 13 – A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício em lei.

sentam vínculos distintos em relação ao Estado mas ocupam funções equiparadas, consoante dispõe a principiologia da Carta Constitucional.

A segurança jurídica estabiliza as expectativas sociais que permeiam quaisquer relações desenvolvidas em sociedade, na acepção de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Este princípio norteador da organização do Estado moderno, aliado ao princípio da *razoabilidade* produz exigências no sentido de que a tutela jurídica seja a mais ampla possível, o que se compatibiliza perfeitamente com esta formulação de Vilhena. Por conseguinte, pode-se dizer que a ordem constitucional instaurada em 1988 tende ao aperfeiçoamento da tutela de direitos, alçando seus limites à proteção de direitos expectados e gradualmente adquiridos.

Por todo o exposto, constata-se que a jurisprudência tradicional realiza análise restrita da temática dos direitos adquiridos, o que produz severos equívocos, especialmente pela inobservância do fato de que não há unidade conceitual quanto à expectativa de direito. A figura jurídica é restringida, limitando-se à mera expectativa de direito, que se contrapõe aos direitos adquiridos incorporados ao patrimônio de seu titular.

Esse raciocínio simplista apresenta caráter prejudicial ao sujeito de direitos, reduzindo a tutela jurídica a uma lógica do “tudo ou nada”. Ou há o reconhecimento de uma simples expectativa, em face de um direito que poderá eventualmente ser incorporado ao patrimônio do legitimado, desde que fatores externos lhe favoreçam, ou há a configuração de um direito adquirido, merecedor da tutela da ordem jurígena, desde que satisfeitos determinados requisitos para a aquisição.

Outrossim, um exame dos meandros deste fenômeno jurígeno, no que tange à matéria dos direitos adquiridos, promove a cons-

tatação de uma categoria intermediária entre as meras expectativas e os direitos adquiridos. Tal categoria de direitos parcelários é designada, como fora verificado, *direitos expectados* e se caracteriza por revestir a expectativa de maior segurança, conferindo-lhe o status de verdadeiro direito adquirido proporcional.

No recurso ao Mandado de Segurança nº20.691, o entendimento jurisprudencial de que o adicional por tempo de serviço seja direito disponível constitui má-fé da Administração Pública. O próprio artigo 2º da Lei Complementar 187/2000 foi redigido de forma a ludibriar o administrado, senão vejamos:

Art.2º O tempo de serviço dos servidores públicos submetidos por esta lei ao regime estatutário, somente será computado para fins de férias, 13º vencimento, aposentadoria e disponibilidade.

§1º Fica garantido ao servidor de que trata o art.1º o direito a continuar percebendo os mesmos valores de remuneração, correspondentes ao seu salário e vantagens permanentes, aplicando-se-lhes, a partir da vigência desta lei, exclusivamente as vantagens pecuniárias relativas ao regime estatutário do servidor público do Estado do Espírito Santo, inclusive aquelas que se originarem de tempo de serviço que vier a ser prestado após o enquadramento no novo regime (Grifos nossos).

O servidor quando ingressa nos quadros da Administração faz opções baseado na inteligência do §1º deste artigo que parece assegurar os direitos adquiridos, especialmente em relação a valores de remuneração correspondentes ao salário e vantagens permanentes.

Entende-se aqui que o referido artigo assegurou a continuidade da percepção das vantagens já incorporadas ao patrimônio do servidor em regime jurídico anterior, de caráter celetista. Na verdade, os servidores não continuariam a adquirir novas vantagens com base na legislação que os regia anteriormente, mas continuariam a receber os valores incorporados ao seu patrimônio. Assim, os recorrentes têm o direito a receber a percentagem já adquirida de adicional de tempo de serviço mesmo tendo ocorrido a transição de regime. Os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade além do da irredutibilidade de vencimentos somam-se ao próprio princípio da legalidade, vez que o artigo 2º LC 187/2000 garantiu a continuidade da percepção dos valores de vantagens permanentes, tendo vedado apenas o recebimento de novas vantagens pecuniárias com base nas regras do regime celetista.

Constituiria evidente má-fé da Administração Pública utilizar-se do mesmo dispositivo legal citado para reafirmar que as vantagens percebidas durante o regime celetista seriam revogadas pela passagem para o estatutário. Se fosse essa a melhor interpretação do artigo, não poderia existir a primeira parte do §1º sob pena de incompatibilidade lógica.

Quanto ao embargo de declaração no Mandado de Segurança nº24.381-3, discorda-se do entendimento do Supremo Tribunal Federal, pois este viola as garantias constitucionais da coisa julgada, direito adquirido, ato jurídico perfeito e irredutibilidade de vencimentos. A decisão transitada em julgado na Justiça do Trabalho reconhecia direito adquirido dos servidores em relação ao recebimento das horas extras. A mudança de regime não pode constituir óbice à manutenção de garantias incorporadas aos vencimentos destes servidores, sob pena de espoliar o princípio da segurança jurídica, bem como o que determina o artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Nesse caso, a Administração Pública, ao promover a transição de regimes, acabaria por se valer da própria torpeza se os direitos adquiridos se perdessem por força dessa alteração. As horas extras se incorporaram ao vencimento do servidor como retribuição de sua prestação de serviços e a Administração, ao se utilizar da migração de regimes para redução da remuneração, estaria se locupletando. O entendimento que deveria prevalecer seria a manutenção do recebimento das horas extras que até então fora assegurado e recoberto pela autoridade da coisa julgada e não a possibilidade da incorporação de novas horas extras nos termos do regime anterior.

Referências Bibliográficas

ANASTASIA, A. A. Junho. *Regime Jurídico Único do Servidor Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Aplicação da Lei no Tempo em Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo 134. Out./Dez, 1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Trabalho. Justiça do Trabalho. Competência. Ações dos Servidores Públicos Estatutários. CF, arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei nº 8112, de 1990, art. 240, alíneas “d” e “e”. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 492-1 – DF. Impetrante: Procurador Geral da República. Impetrado: Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Velloso. Acórdão 12 nov. 1992. *LEX Jurisprudência do STF*, São Paulo, nº 175, p. 49-90, jul. 1993. Vencido, *in totum*, o Ministro Marco Aurélio e, parcialmente, os Ministros Otávio Gallotti e Sepúlveda Pertence.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Aposentadoria. Servidor Público. Proventos – Incorporação de Hora-extra. Embargos Declaratórios no Mandado de Segurança

nº24.381-3/DF. Impetrante: Luiza Aparecida Pereira Franco. Impetrado: Presidente da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União e Reitora da Universidade Federal de Goiás. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *LEX Jurisprudência do STF*. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 08 dez 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo - Servidor Público Civil - Gratificação Recurso em Mandado de Segurança. RMS 20691. UF: ES. REGISTRO: 2005/0154744-5. Recorrente: Luís Augusto Pedrosa de Aragão. Recorrido: Estado do Espírito Santo. Relator: Min.Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 08 dez 2007.

DALLARI, Adílson A. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo Do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MAGALHÃES, Gustavo A. *Contratação Temporária por Excepcional Interesse Público: Aspectos Polêmicos*. São Paulo: LTr, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo V. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1955.

SILVA, Antônio Álvares da. *Os Servidores Públicos e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p.81-176.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário*. Brasília: Revista de Informação Legislativa nº 29, v. 8, 1971.