FUNCIONÁRIO PÚBLICO — VENCIMENTO — ATO ADMINISTRATIVO — ANULAÇÃO

— O ato administrativo, eivado de nulidade, pode ser anulado pela própria administração, ou pelo judiciário.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Omar Pacheco de Sousa Ribeiro e outros *versus* Prefeitura Municipal de São Carlos

Apelação cível n.º 63.353 — Relator: Sr. Desembargador João M. C. Lacerda

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 63.353, de São Carlos, em que são apelantes Omar Pacheco de Sousa Ribeiro e outros, sendo apelado o Município de São Carlos: Acordam, em Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça por votação unânime, adotado o relatório de fls. como integrante dêste, negar provimento à apelação e confirmar a bem lançada e jurídica, sentença apelada, cujos fundamentos adotam sem qualquer restrição

Custas pelos apelantes.

São Paulo, 19 de junho de 1953 — *João M. C. Lacerda*, Presidente e relator — *Justino Pinheiro* — *R. F. Ferraz de Sampaio*.

*

SENTENÇA

"*Omissis*"..

Resume-se esta demanda em se decidir se a elevação de vencimentos dos funcionários públicos, participantes ativos do Movimento Constitucionalista de 1932, determinada na letra *d* do art. 30 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição estadual, abrange os adicionais das funções gratificadas ou se se limita ao padrão fixado em lei. Embora aparentemente simples e uno o fulcro da controvérsia, em seu der-

redor gravitam outras questões de direito e de fato, feridas na discussão, mas não convenientemente situadas e aclaradas pelas partes. Impõe-se, pois, se apreciem destacadamente os pontos controvertidos, para que se possa apreender a amplitude das vantagens do invocado art. 30, no que respeita a elevação de vencimentos e decidir sôbre a a natureza, efeitos e conseqüências do ato administrativo municipal que, em atenção ao texto constitucional estadual, consubstanciou o direito dos autores, ora contestado.

2. Dentre as denominadas vantagens do art. 30 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição estadual, inclui-se a elevação de vencimentos dos funcionários que participaram ativamente do Movimento Constitucionalista de 1932. Mas, a própria lei constitucional delimitou essa majoração estabelecendo que se restringe "ao padrão ou referência imediatamente superiores (art. 30, "d"). A lei regulamentadora n.º 211, por sua vez, esclareceu que "Em se tratando de padrão ou referência final (caso dos autos) a elevação será correspondente à diferença entre êles e o imediatamente inferior" (art. 4.º, parágrafo único). Tais disposições são extensivas, em geral, aos funcionários municipais por fôrça do art. 12 da Lei Orgânica dos Municípios, e em especial, aos servidores do Município de São Carlos, por incorporadas à sua legislação pela lei local n.º 1.326, de 30 de setembro de 1947.

Conclui-se daí que tanto os funcionários públicos estaduais, como os municipais participantes ativos do Movimento Constitucionalista de 1932, terão os seus vencimentos elevados de acôrdo com a lei básica do Estado. Ora, a Constituição paulista, em seu invocado art. 30, falou em padrão ou referência de vencimentos, sem incluir no seu texto as remunerações variáveis de funções especiais. Não me parece, assim, possível a inclusão de gratificações na elevação dos vencimentos dos servidores beneficiados pela liberalidade constitucional, que é de interpretação restrita, como autorizadamente adverte Carlos Maximiliano neste passo: "Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções a regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporàriamente, a liberdade ou as garantias da propriedade" (Cf. "*Hermenêutica e Aplicação do Direito*", ed. de 1925, pág. 319). Desde que o legislador constituinte só se referiu a vencimentos, padrão e referência, não é lícito ao intérprete ou à administração pública ampliar aquelas vantagens a remunerações extraordinárias, gratificações ou adicionais de vencimentos. Na técnica administrativa tais expressões têm sentido próprio e conceito diverso uma da outra. Basta recorrer-se ao direito positivo e à doutrina para se colhêr a lição.

3. Tanto o Estatuto dos Funcionários Públicos da União como o do Estado de São Paulo, estabelecem nítida diferença entre vencimento e remuneração. Ambos os Estatutos definem assim êsses conceitos: "Vencimento é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo correspondente ao padrão fixado em lei" (Estatuto dos Funcionários Públicos da União, art. 107 e Estatuto dos Funcionários Públicos de São Paulo, art. 106). "Remuneração é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo correspondente a dois terços do padrão de vencimento, e mais as cotas ou percentagens que, por lei, lhe tenham sido atribuídas" (Estatuto dos Funcionários Públicos da União, art. 108 e Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo, art. 107). Infere-se dêstes textos legais normativos da função pública, que o vencimento do funcionário se compõe exclusivamente do padrão fixado em lei, e que as demais retribuições é que perfazem a remuneração. Ora, se a lei constitucio-

nal paulista autorizou a administração a elevar um padrão de vencimento para os funcionários participantes ativos do Movimento Constitucionalista de 1932, não se pode transformar êsse benefício em aumento de remuneração, incluindo-se na elevação as retribuições variáveis, estranhas ao padrão. Não se encontra no espírito ou no texto da Constituição estadual o intento de equiparar remunerações, mas sim o de elevar os vencimentos na base de um padrão. Essa, a exegese que se me afigura exata da lei.

4. No caso em tela, porém, pretendem os autores a equiparação de seus vencimentos à remuneração do Procurador Consultor Jurídico da Prefeitura, que, ao tempo da promulgação da Constituição paulista — 9 de julho de 1947 — percebia o mesmo vencimento dêles autores — Padrão "R" — Cr$ 1.700,00, e mais a retribuição variável, proporcional à cobrança da dívida ativa do município, de que estava incumbido. Entretanto, e a despeito da cerrada argumentação do ilustre advogado dos postulantes, não se me antolha acolhível a sua pretensão. Primeiro, porque a lei constitucional em que assentam o seu direito (letra "d" do art. 30 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição paulista), exclui da elevação as retribuições variáveis, referindo-se ùnicamente a padrão de vencimentos; segundo, porque os adicionais do Consultor Procurador Jurídico da Prefeitura ré, não se incorporavam aos seus vencimentos como retribuições *pro labore faciendo*, que eram, e não *pro labore facto*. Tal distinção é fundamental em direito administrativo e vem sendo acolhida pela doutrina e pela jurisprudência desde a Resolução de 19 de janeiro de 1854, do Conselho do Estado (Cf. Temístocles Cavalcânti, *"Tratado de Direito Administrativo"*, 2.ª ed., vol. III, pág. 281 — Decisão do Tribunal de Contas da União *in Revista de Direito Administrativo*, 28-289). E a razão é óbvia: as retribuições *pro labore facto* por se referirem a serviços prestados, erigem-se num direito subjetivo do funcionário e incorporam-se aos seus vencimentos; os adicionais *"pro labore faciendo"* por dependerem de serviços extraordinários a serem prestados não passam de uma expectativa de direito até a realização do fato que o defere. No presente caso, os adicionais do Procurador Consultor Jurídico eram *"pro labore faciendo"*, como se depreende claramente da lei municipal n.º 811, de 7 de dezembro de 1946, que, de par com a tabela de vencimentos de seus funcionários (inclusive os autores), estabeleceu em seu art. 10, que "O Procurador Consultor Jurídico, além dos vencimentos fixados na tabela anexa (Padrão "R"), perceberá pela cobrança da dívida ativa, as percentagens fixadas no ato n.º 318, de 1933" (v. lei junta a fls).

Dúvida não subsiste de que os adicionais que perfaziam a remuneração do Procurador Consultor Jurídico, eram variáveis e dependentes da cobrança da dívida ativa de que estava incumbido, não se incorporando, portanto, nos seus vencimentos fixados no padrão "R". Como gratificações estranhas ao padrão, e alheias aos vencimentos, não podem entrar em cômputo da elevação de vencimentos, limitada expressamente a um padrão. Aliás, já em 1936, decidindo o mandado de segurança n.º 90, desta comarca, impetrado pelo mesmo Procurador Consultor Jurídico da Prefeitura ré, que ainda ocupa êste cargo, o egrégio Tribunal de Justiça timbrou em acentuar que a remuneração do impetrante se compunha de "vencimentos fixos de oitocentos mil réis por mês" e mais "percentagens (no plural) não só de 10%, pela cobrança da dívida ativa do município, como da tabela anexa, por outros serviços prestados pelo impetrante, que exerce um cargo criado pelo Ato n.º 318 citado, com as seguintes atribuições: de diretor de secretaria, de procurador e de consultor jurídico da Municipalidade de São Carlos". Aí está mais uma razão para não se confundir o vencimento (pa-

drão) do Procurador Consultor Jurídico com os adicionais da função que, somados, perfazem a sua remuneração. Mas, é de se repetir, a elevação autorizada pela letra "d" do indigitado art. 30, não é à remuneração imeta, mas sim, ao padrão imediato, vale dizer, ao vencimento do padrão seguinte, ou, no caso de padrão final, à diferença entre êste e o imediatamente inferior (lei n.º 211, art. 4.º, parágrafo único). Cumpre notar ainda que os autores exercem funções completamente diversas das do Procurador Consultor Jurídico, pois que um dêles é Médico Veterinário, outro Secretário e o terceiro Contador da Prefeitura ré, o que afasta a possibilidade de uma decisão por eqüidade, tendo-se em vista a diversificação dos cargos; *mínima circunstância facti, maxima diversitatis juris*. Verdade é que, vedado o regime de remuneração variável para os consultores jurídicos, a municipalidade local fixou os vencimentos do seu Procurador Jurídico em um novo padrão de Cr$ 5.000,00, mas tal ocorreu após a promulgação da Constituição estadual, ou seja em 30 de outubro de 1947 (v. cert. de fls.), e como ato posterior à data prefixada na lei instituidora das vantagens ora pleiteadas, não pode servir de base para o cálculo da elevação de vencimentos, que terá que se ater aos padrões vigentes em 9 de julho de 1947. Do exposto resulta que o direito dos autores se restringe à elevação de Cr$ 150,00 em seus vencimentos, ou seja a diferença entre o padrão "R", a que pertenciam, último da escala de vencimentos municipais, e o imediatamente inferior, padrão "Q", como se verifica na lei municipal n.º 811, de 7 de dezembro de 1946, constante da publicação de fls.

5. O ato administrativo da Prefeitura ré, que concedeu a elevação de vencimentos aos autores na base de Cr$ 3.300,00 ao invés de o fazer no limite legal de Cr$ 150,00 é visceralmente nulo e assim deve ser declarado pelo Judiciário, uma vez que não foi revogado, como podia e devia sê-lo, pela própria administração ao verificar a sua ilegitimidade (cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal *in Revista de Direito Administrativo* 25-211; Seabra Fagundes, "*Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*", *in* "Revista Forense", 107-215 e 428; Raffaele Resta, *La revoca degli atti amministrativi*", ed. 1935; Raneletti, *Le Guarentigie Della Giustizia Nella Pubblica Amministrazione*, ed. 1934, pág. 137). O ato administrativo vinculado, como é o que se aprecia nestes autos, estando adstrito ao limite traçado pela lei, sem folga para a atividade discricionária da administração, é nulo quando discrepa da norma que o regulou. E não importa seja a inobservância à lei consciente ou inconsciente, dolosa ou culposa. Desde que aberrou da norma que lhe deu causa, indo além ou ficando aquém dos limites legais pré-estabelecidos, é nulo por infringência da lei. Nesse particular convém repetidas as palavras de Hauriou: "*La violation de la loi n'est pas necessairement intencionelle; elle peut resulter d'une erreur de droit par fausse application de la loi. D'autre part, il ne s'agit pas seulement de la fausse interprétation d'un texte, mais aussi de la fausse apréciation d'une situation visée par la loi*" ("*Droit Administratif*", ed. 1926, pág 196).

Com igual rigor o moderno Prof. Umberto Fragola em recente e douta monografia invalida os atos administrativos praticados ao arrepio da lei, nestes têrmos: "*E' noto che la pubblica amministrazione non è legibus soluta*"; *che anzi alla pari di qual siazi altro suggetto è tenuta alloservanza delle leggi. Il contrasto tra la legge e l'atto amministrativo determina il viziobase che per l'appunto consiste e si definisce violazione di legge. Quando sussiste ed è rivelata, è piu agevole il ricorso del soggetto danneggiato e maggiori la possibilità di annullamento del provvedimento illegitimo. E vi è da aggiungere che meglio sarebbe dire violazione di norme, beninteso giuridiche, e talvolta anche*

non giuridiche; attesto che il vizio in esame si ha tutte quelle volte in cui il comportamento amministrativo contrasta, non ha importanza se intenzionalmente o per negligenza o per ignoranza della norma, con la condotta. Molte irregolarità negli atti amministrativi, tal da renderli difittosi e che assumono talvolta diverse denominazioni, nelle leggi, nella dottrina e nella giurisprudenza, come violazioni di forma, illecietà del contenuto vizi della voluntà rientrano tutte nel vizio di violazione di legge" ("*Gli Atti Amministrativi*", ed. Torinesse de 1952, pág. 122.) E acolhendo a mesma doutrina, o nosso egrégio Tribunal de Justiça já decidiu que "O ato não discricionário — regulado ou regrado — poderá ser anulado não só por motivos precípuos de incompetência ou execesso de poder, mas também, como dizia a lei n.º 211, "em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente". Equipara-se a indevida aplicação da lei à sua violação. E para que o Judiciário bem possa verificar se houve exata aplicação da lei, fôrça é que êle examine o mérito da sindicância ou do processo administrativo, que encerra o fundamento legal do ato" (ac. Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in Revista de Direito Administrativo*, 27-214).

Cabe, pois, ao Judiciário estabelecer o contrôle da legalidade do ato, para verificar a sua adequação à lei, sempre que impugnada a sua legitimidade, por não ter sido revogado a tempo, pela própria administração, a quem compete inicialmente a correção do êrro (cf. Rubens Gomes de Sousa, *"Revisão Judicial dos Atos Administrativos*, "Revista de Direito Administrativo", 29-441). E para remate da justificação da nulidade dos atos administrativos em exame — elevação indevida dos vencimentos dos autores e apostila de seus títulos — invoco a autoridade de Seabra Fagundes, neste passo: "O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. E' preciso ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo. Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica. Essa integral submissão da Administração pública à lei constitui o denominado princípio de legalidade, aceito universalmente, e é uma conseqüência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa". E conclui o mesmo autor: "O objeto do ato administrativo, que é o seu conteúdo jurídico, não estando adstrito aos limites pretraçados na lei, o ato é nulo" (*O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, ed. 1950, págs. 88 e 115).

6. Praticado o ato administrativo pela Prefeitura ré, em discordância com o preceito legal contido na letra *d*, do art. 30, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado e parágrafo único do art. 4.º da lei n.º 211, os quais se referem a elevação de padrão e não remuneração, o ato é nulo, e assim fica declarado nesta sentença, como é dever do Judiciário (cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal no mandado de segurança n.º 909, de São Paulo). E essa nulidade invalida não só a parte em que o ato extravasou dos limites legais, senão todo o ato, seus efeitos, e conseqüências, desde o seu nascedouro. Tal anulação opera efeitos *ex tunc*, por se referir à ausência de causa legal para a prática do ato, e não deixa subsistir qualquer direito para as partes, pela manifesta razão de direito e de lógica de que o ato ilegítimo não produz qualquer efeito jurídico definitivo. Daí o ter afirmado soberanamente o egrégio Supremo Tribunal Federal que o ato jurídico ilegítimo, contrário à lei ou à coisa julgada, não gera direito adquirido (*Revista Forense*, 128|102). E sôbre êsse pon-

to é oportuna a lição do Ministro Castro Nunes ao sustentar que "Não seria possível conceber, sequer, que uma lei ou ato municipal pudesse sobrepor-se à lei orgânica, revogando-a, modificando-a ou desconhecendo, de qualquer modo, os direitos por ela assegurados. Seria a subversão da hierarquia das normas no sistema federativo. O direito municipal cede ao estadual como êste ao federal, nos três círculos concêntricos pelos quais se define gràficamente o regime (*Parecer, in* "Revista de Direito Administrativo", 28|396). E analisando a possibilidade da própria administração invocar a nulidade do seu ato em juízo, o ilustrado Prof. Rubens Gomes de Sousa, afirma que "tampouco esta possibilidade lesionaria o direito subjetivo do particular à situação decorrente do ato administrativo definitivo que fôsse impugnado em juízo pela Administração, pela simples razão de que o ato administrativo proferido com violação de lei (circunstância que competiria ao Judiciário declarar) não é suscetível de gerar direito adquirido" (Cf. *Revista Judicial dos Atos Administrativo, in* "Revista de Direito Administrativo", 24|441). Fica, assim, refutada a alegação dos autores de que a concessão da elevação de seus vencimentos nas bases em que a Prefeitura apostilou seus títulos se transformou em direito adquirido. Não é exato, como já se demonstrou através da doutrina e da jurisprudência. Nem se diga, como pretendem os autores, que a apostila do título gera êsse direito. Absolutamente, não. A apostila é mero ato declaratório (e não constitutivo de direito). Como ato declaratório pressupõe a existência de um direito anterior. Se êsse direito não existe, nenhum direito nasce com a apostila do título de nomeação.

7. Sendo nulo o ato administrativo em que os autores assentavam a pretensão postulada na inicial, improcedente é a ação, quer na parte em que pleiteiam o recebimento da elevação de seus vencimentos na base de Cr$ 3.300,00 mensais, quer na parte em que Sebastião Sampaio Osório pretende a contagem da sexta parte de seus vencimentos sôbre a majoração em causa, por contar mais de 25 anos de serviço público. Não que fique negado êsse direito, mas, sendo nula a elevação sôbre ela não se pode reconhecer qualquer pretensão dos postulantes. Nem se pode validar o ato para a parte a que os autores têm legalmente direito à elevação, ou seja sôbre o acréscimo de Cr$ 150,00. Outro ato terá que ser praticado pela Prefeitura, em conformidade com a lei, visto que não se pode convalescer atos nulos, nem compete ao Judiciário substituir a Administração pública na prática de atos de sua exclusiva competência. Todos os pagamentos feitos a título de elevação de vencimentos dos autores, com base nos atos ora declarados nulos o foram sem causa legal, entrando, pois na categoria do indébito, sempre sujeito à reposição (Código Civil, art. 964).

8. Improcedente a ação, pelos motivos já expostos, procede em parte a reconvenção, para o só efeito de serem os autores compelidos a repor nos cofres municipais as importâncias que receberam, sem causa legal, da ré reconvinte. No mais, rejeito o pedido reconvencional, por reconhecer que os autores intentaram esta ação com legítimo interêsse econômico (Código Civil, art. 76 — Código de Processo Civil, art. 2.º) e não se excederam quer na sustentação da inicial, quer na defesa da reconvenção, nem agiram com culpa ou dolo (Código de Processo Civil, art. 64), como também não incidiram nas sanções do art. 1.531 do Código Civil, inoperantemente invocado pela ré. Os títulos em que os autores assentaram a sua pretensão em juízo eram aparentemente legais, e com isto lhes ensejava a discussão perante o Judiciário, já que a Administração havia sustado sumàriamente aquêles pagamentos, sem revogar o ato ilegítimo ou praticar outro em substituição, e com os requisitos legais. Diante de tal situação, criada pela própria ré, não podiam os autores manter-se inertes ante a inércia da Administração. Natural que viessem

a Juízo, como vieram, pedir o acertamento de seus direitos, mas nem por isso merecem qualquer sanção processual de ordem punitiva, quando decaídos da ação, e por cuja sucumbência só respondem pelas custas na proporção do que lhes foi denegado.

9. As demais alegações e argumentos das partes, atinentes ao proceder da Câmara Municipal e à tramitação dos processos administrativos na Prefeitura, conquanto brilhantemente explanados pelos nobres e combativos procuradores dos litigantes, não podem influir neste julgamento, por estranhos à questão controvertida, razão pela qual deixo de os considerar para que não mais se alongue esta já extensa decisão. Por igual, não me referi à maioria dos documentos oferecidos nos autos, por não influir no julgamento, embora os tenha lido integralmente. Tais documentos dizem da regularidade formal dos atos praticados pela Prefeitura ré, até a apostila de seus títulos, mas, o vício que nulifica os atos em questão não reside na forma e sim no conteúdo da declaração de vontade da Administração, em flagrante desconformidade com a lei que autorizou a sua prática. A nulidade está, pois, na errônea interpretação e aplicação da lei. Sendo assim, um vício ideológico e não material, inútil se revela o exame formal da tramitação dos respectivos processos administrativos.

III. Pelos fundamentos expostos, julgo improcedente a ação e absolvo a ré do pedido na inicial, condenando os autores nas custas, e procedente em parte a reconvenção, condenando os autores reconvintes a repor nos cofres da Prefeitura ré a parte dos vencimentos que lhes foi paga indevidamente (sem causa legal), e que será liquidada na execução. As custas da reconvenção ficam a cargo de ambas as partes litigantes, em proporção.

E' o que deixo decidido.

Lida e publicada na audiência para hoje designada, da qual estão as partes cientes e intimadas.

São Carlos, 12 de março de 1935. *Helí Lopes Meireles.*