FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO IRREGULAR — VENCIMENTO

— O funcionário, ainda que irregularmente nomeado, faz jus ao vencimento do cargo durante o tempo em que o exerceu.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* Iolanda Mariano
Apelação cível n.º 4.745 — Relator: Sr. Desembargador VASCO CONCEIÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 4.745, da comarca da Capital, em que é recorrente o Juízo *ex-officio*, apelante a Fazenda do Estado e apelada D. Iolanda Mariano: Acordam, em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada adotado o relatório retro por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, confirmando, assim, pelos seus fundamentos a decisão apelada.

A autora ora apelada, nomeada por decreto de 6 de março de 1947 para exercer o cargo de escriturária, interina, no quadro do Tribunal de Contas do Estado, — viu, entretanto, tal decreto tornado sem efeito, por outro de 2 de outubro, do mesmo ano, sob o fundamento de que na classe inicial para que foi feita a nomeação não havia vagas.

Sem abrir mão de outros direitos, que protestava fazer valer contra a Fazenda, a aludida litigante veio reclamar o pagamento dos vencimentos a que se julga com direito, correspondente ao tempo em que exerceu o cargo, e que eram, na época, de Cr$ 1.300,00, mensais. Pede, portanto, a condenação da Fazenda ao pagamento de Cr$ 9.013,30, com juros da mora, custas e honorários.

A ré, sem contestar, impugnou, porém, a pretensão da autora, dizendo em substância que, sendo nulo o ato de sua nomeação, não pode gerar efeito jurídico, como seria, entre outros, a percepção de vencimentos. E acentua que mais descabida ainda é a pretensão a honorários advocatícios, cuja condenação sòmente caberia se a Fazenda fôsse convencida de dolo ou culpa.

O processo correu seus trâmites regulares e a final o Dr. Juiz de Direito julgou procedente a ação, apelando de ofício. Houve também recurso voluntário da vencida.

A sentença para acolher o pedido considerou o princípio de que a todo trabalho deve corresponder uma remuneração pecuniária, acentuando que aqui mais se impunha a sua observância desde que, de acôrdo com a doutrina, válidos são os atos praticados por funcionários irregularmente nomeados, como seria o caso dos autos.

Aceitando os fundamentos da decisão recorrida, foi ainda lembrada, em abono da sua conclusão, a autorizada lição de Rafael Bielsa, que não discrepa dos vários tratadistas citados pelo Dr. Juiz de Direito. O ilustre professor argentino, depois de conceituar o que seja funcionário de fato, entre os quais inclui o que haja exercido uma função por nomeação ilegal, assevera que tem êle direito a remuneração: *"Pero la cuestión prácticamente de interés es la de la legitimidad de la retribuición pecuniária. Es admisible, como regla, el derecho al sueldo que tiene todo funcionário de hecho de buena fé. Esta solución no deriva de la aplicación rigorosa e lógica de los princípios prôpios, del estatuto de funcionários, ni de los de la doctrina, contractual, sino del enriquecimiento sin causa que para la administración publica implicaria la exención*

de la obligación de pagar el sueldo; por lo demas, consideraciones de moralidad administrativa imponem esta solución" (*"Derecho Administrativo"*, 4.ª edição vol. II, ns. 255, 256 e 257, págs. 84 e seguintes).

No que concerne à responsabilidade pelos honorários, ela se justifica ante a consideração de que, se a autora tivesse que os pagar, sofreria um desfalque patrimonial, quando é certo que sòmente a administração agiu com culpa no caso.

Por essas razões negaram provimento a ambos os recursos.

São Paulo, 19 de maio de 1953. — *Euclides Custódio da Silveira*, Presidente com voto. — *Vasco Conceição*, Relator. — *Luís Morato*.

*

SENTENÇA

Omissis...

Não resta dúvida de que a autora, em 7 de março de 1947, por ato da Presidência do Tribunal de Contas, foi nomeada, em caráter interino, para ocupar o cargo de escriturária da classe *h* do quadro do pessoal daquele órgão administrativo financeiro do Estado (fls.).

Também se acha comprovado, pela publicação oficial de fls., que, em data de 5 de outubro de 1947, a mesma Presidência do Tribunal de Contas do Estado tornou sem efeito a nomeação da autora, como de outros funcionários, por não existirem vagas na classe inicial da carreira para a qual foram nomeados.

Alega a autora que exerceu o cargo durante seis meses e vinte e oito dias, o que não sofreu contestação por parte da ré.

Resta, pois, apenas, indagar se são devidos tais vencimentos, em virtude da anulação de sua nomeação por falta de vaga no quadro do funcionalismo do Tribunal de Contas, no que se refere aos cargos iniciais da carreira de escriturário, da classe *h*.

Preliminarmente, cumpre observar que a todo serviço deve corresponder uma retribuição pecuniária: esta constitui, por conseguinte, uma contra-prestação a que se acha obrigado o Estado. Daí a regra geral de que tôda função deve ser remunerada, só se admitindo excepcionalmente a prestação de serviços gratuitos, que devem merecer uma condição honorífica.

Mas como a relação de emprêgo entre o funcionário e o Estado não é contratual, mas simplesmente estatutária, verifica-se que a remuneração ou vencimento do funcionário se rege pelo Estatuto a que está subordinado, de sorte que o Estado pode alterar os vencimentos de acôrdo com o que a lei dispuser a respeito.

Eis aí por que, em se tratando do funcionalismo público do Estado de São Paulo, vencimento é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo correspondente ao padrão fixado em lei, de conformidade com a definição do art. 106 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (decreto número 12.273, de 28 de outubro de 1941).

Por aí se verifica que o direito ao vencimento, como conseqüência do exercício da função, nasce com o exercício efetivo do cargo, ao qual são inerentes os vencimentos.

Logo, embora o ato de nomeação crie para o funcionário um direito subjetivo ao vencimento, o seu percebimento, porém, está subordinado a uma condição, qual seja a efetiva prestação do serviço, salvo os impedimentos e dispensas admitidos em lei.

Mas a doutrina corrente no Direito Administrativo, a despeito da adoção da teoria estatutária, sempre admitiu o caráter alimentar de tais vencimentos ou remuneração do funcionário público, com as importantíssimas conseqüências que dela defluem.

Assim o afirmam, entre nós, Temístocles B. Cavalcânti (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. III, título IV, cap. I, pág. 262). J. Guimarães Menegale (*Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.ª ed., vol. 1, pág. 177), fundando-se nas teorias autorizadas de Laband (*Droit Public de l'Empire Allemand*, II-207), e D'Alessio (*Istituzioni di Dir. Amministrativo*, 1-436).

Por conseguinte, devendo os vencimentos ou remuneração do funcionário público corresponder, não sòmente à natureza do cargo, à representação exigida para o seu exercício, como também ao padrão de vida e, portanto, à situação econômica do funcionário, claro é que a sua percepção não lhe pode ser negada, sob pretexto algum, desde que tenha desempenhado as funções do cargo para o qual foi nomeado.

Nessas condições, ainda que a investidura do funcionário se tenha feito irregularmente, como aconteceu em relação à autora, por falta de vaga no cargo inicial da carreira para a qual foi nomeada, forçoso é convir que tal irregularidade não induz a nulidade dos atos praticados pelo funcionário irregular, desde que tal irregularidade não assuma o caráter de uma verdadeira usurpação da autoridade pública. Vale dizer: todos os atos praticados pelo funcionário, em tais condições, são válidos perante a Administração pública e perante terceiros, porque foi ela que, inadvertidamente, deu causa a tal investidura.

E' o que bem explica Gaston Jèze (*Droit Administratif*, págs. 451-452), cuja doutrina tem sido aceita entre nós como bem refere o Prof. Francisco Campos (*Direito Administrativo*, páginas 35-38).

Ora, se assim se entende com relação à validade dos atos praticados por funcionário irregularmente investido em funções públicas, igual princípio se deve adotar com referência aos direitos de tais funcionários, que não concorreram para essa situação, vítimas que foram de um êrro da autoridade pública que os nomeou irregularmente.

Logo, o ato que tornou sem efeito a nomeação da autora, por falta de vaga do cargo para o qual foi nomeada anteriormente, não pode operar retroativamente senão relativamente à sua investidura.

Mas, jamais se poderá admitir que a cassação de uma nomeação irregular faça desaparecer o direito do funcionário aos vencimentos do cargo, durante o período em que exerceu as funções respectivas, convicto de que estava legalmente investido no cargo. Interpretação contrária, além de injusta, aberraria do princípio universal de que a todo serviço deve corresponder uma retribuição pecuniária, de conformidade com o princípio constitucional, assente entre nós, de que o trabalho é um dever social.

Destarte, desde que um funcionário, embora irregularmente investido em cargo público por ato de autoridade pública, prestou serviços ao Estado, que não se podem presumir gratuitos, deve-lhe êste a sua retribuição pecuniária.

E não o tendo feito na ocasião devida, claro é que a Administração pública incorreu em culpa extracontratual, dada a violação de uma obrigação que lhe competia sem qualquer sombra de dúvida.

Por êsse motivo, o Estado, além dos juros da mora, deve pagar honorários advocatícios à autora, pois do contrário os seus vencimentos ficariam desfalcados dessa verba, indispensável ao exercício desta demanda.

5. Pelo expendido, julgo procedente a ação, para condenar a Fazenda do Estado a pagar à autora a importância de Cr$ 9.013,30, correspondente a seis meses e vinte e oito dias de vencimentos do cargo que efetivamente exerceu, acrescida ainda de juros moratórios e honorários advocatícios, na base de 20% sôbre o *quantum* da condenação. Recorro, de ofício, para a Superior Instância.

São Paulo, 3 de fevereiro de 1953. — *José Carlos Ferreira de Oliveira.*