FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — ANULAÇÃO

— Sendo nula a nomeação do funcionário não adquire êle a estabilidade e pode ser demitido independentemente de processo administrativo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Ana Flora Caldas Fleury *versus* Prefeitura Municipal de Guarujá
Apelação cível n.º 80.542 — Relator: Sr. Desembargador
Oto de Sousa Lima

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 80.542, da comarca de Santos, em que é apelante Ana Flora Caldas Fleury e apelada a Prefeitura Municipal de Guarujá: Acor-

dam, em Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls., por votação unânime, negar provimento à apelação interposta, para confirmar, por seus jurídicos fundamentos, a sentença recorrida.

De fato, a apelante, em 16 de abril de 1953, foi nomeada pelo Prefeito Mucipal de Guarujá, que era seu cunhado, para, em estágio probatório, exercer as funções de professôra, com os vencimentos legais do cargo. Posteriormente, após dois anos de exercício, foi demitida, porque sua nomeação incorrera na proibição do art. 104, da Lei estadual n.º 1, de 18 de setembro de 1947.

Como muito bem decidiu o MM. Juiz, aquela nomeação, eivada de vício substancial, não poderia conferir à autora a estabilidade funcional por ela pretendida. Realmente, como lembra a magnífica sentença, segundo Temístocles Brandão Cavalcânti, "se um funcionário, que adquiriu, pelo ato de nomeação, direito à estabilidade, ou cuja demissão está sujeita, pela lei, a certas e determinadas formalidades, não poderá ver a sua nomeação revogada pela autoridade administrativa salvo se aquêle primeiro ato pudesse vir a ser considerado nulo por vício fundamental de fundo ou de forma".

Esta orientação é predominante em nosso direito. O ilustre José Frederico Marques, após demonstrar que os "atos eivados de nulidade são revogáveis pela própria Administração", afirma categòricamente que "o ato ilegítimo não pode gerar situações jurídicas inatingíveis ou direitos adquiridos. Nulo o ato administrativo, sem validez são os seus efeitos, pois a existência de um direito público subjetivo não pode alicerçar-se em ato não legítimo" (*Revista dos Tribunais*, vol. 237/11).

Pouco antes, já havia ensinado que: "não há que falar em direito subjetivo ou direito adquirido, quando o ato administrativo é nulo. Como disse o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão do Tribunal Pleno, a "existência de direito adquirido, que impede a revogabilidade de ato administrativo, só se entende quando isto tenha ocorrido de modo idôneo a produzir efeito", pois se tais atos se apresentam eivados de nulidade, dês seu comêço, não assiste aos mesmos nenhuma autoridade legal. Conseqüentemente, não há falar em direito adquirido" (*Revista dos Tribunais*, vol. 219/323, *in Da Revogação dos Atos Administrativos*, artigo doutrinário, publicado na *Revista dos Tribunais*, vol. 237, pág. 10).

Nestas condições, eivada de nulidade a nomeação da autora, não adquiriu ela direito subjetivo à estabilidade, pelo que poderia ser demitida como o foi, merecendo, assim, confirmação a sentença recorrida.

Custas como de direito.

São Paulo, 22 de fevereiro de 1957. — *Samuel Francisco Mourão*, Presidente. — *Oto de Sousa Lima*, Relator. — *Minhoto Júnior*. — *Euler Bueno*.

*

SENTENÇA

Omissis...

O antigo Prefeito Municipal do Guarujá, Major João Tôrres Leite Soares, no exercício de suas atribuições, por ato de 16 de abril de 1953 (portaria n.º 23/53), nomeou a autora para, em estágio probatório, exercer as funções de professôra, com os vencimentos do cargo (fls.). Depois, em 9 de fevereiro de 1956, foi ela exonerada pela portaria n.º 32/56 (fls.) com fundamento no art. 104 da Lei Orgânica dos Municípios (Lei estadual n.º 1, de 15 de setembro de 1947), exoneração que se seguiu de dois dias à demissão como extranumerária (portaria n.º 23/56 a fls.). Entrementes, a autora estêve no exercício do cargo por espaço de mais de dois anos.

O dispositivo em que se baseou o chefe do executivo municipal para aquêle fim é êste:

"Não poderá ser nomeada, para cargo ou função municipal, pessoa ligada ao Prefeito ou a qualquer dos vereadores por matrimônio ou por parentesco

afim ou consangüíneo até o 3.º grau civil".

A autora, como confessa na inicial (item 6.º), é cunhada da autoridade que a nomeou. A questão a resolver é, pois, esta: o decurso do prazo de dois anos em estágio probatório dá, só por si, ao funcionário, direito à permanência no cargo sem embargo de o ato de investidura na função ter sido praticado contra expressa determinação de lei? Em outras palavras: aquêle ato de que deriva o direito da requerente é nulo ou simplesmente anulável? Vejamos:

"Nulidade é o vício que retira todo ou parte de seu valor a um ato jurídico, ou o torna ineficaz apenas para certas pessoas", ensina Carvalho Santos (vol. III, 225).

O ato nulo não produz efeitos, enquanto o anulável só deixa de produzí-lo quando anulado. O ato nulo não pode ser sanado, não podendo a vontade das partes sobrepor-se à do legislador. Em conseqüência, eventual confirmação ou ratificação não o escoimará da falha inicial nem lhe trará validade como fonte geradora de direitos e obrigações.

De acôrdo com o art. 145 do Código Civil é nulo o ato jurídico (item V) quando a lei taxativamente o declara nulo ou lhe nega efeito.

Comentando o dispositivo, o mesmo grande jurista citado esclarece que nem sempre a lei declara a própria nulidade do ato: em certos casos, para efeitos idênticos, emprega têrmos outros: "não pode", "não é lícito", "não é permitido", "só poderá", "é proibido". Aliás, Clóvis já prevenira: "Exemplo de nulidade taxativamente declarada oferece o Código nos arts. 207, 208 e 1.125. Algumas vêzes, o Código, em vez de dizer que o ato é nulo, diz que tal pessoa não o pode praticar. Tais são, por exemplo, os casos dos arts. 1.132, 1.133 e 1.134 (vol. I, n.º 410).

Ora, o art. 104 da Lei Orgânica dos Municípios contém norma positiva: "não poderá ser nomeada pessoa ligada por parentesco ao Prefeito..." Logo, a nomeação feita em desacôrdo, como é o caso dos autos, é ato nulo de pleno direito e, como tal, não produz efeitos.

Temístocles Brandão Cavalcânti, em seu *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II/273, depois de condicionar a validade dos atos administrativos à competência da autoridade que o praticou e à sua conformidade com a lei, conclui no sentido de que o ato nulo, aquêle que não tem existência legal, é um puro fato, "que por isso não revalida com a cessação da causa de nulidade nem com o decurso do tempo, nem com o fato aprobativo". Quanto à revogação, tanto pode ser feita mediante procedimento da própria autoridade como por decisão em processo administrativo ou judiciário. E esclarece que será legítima ou não, segundo tiver ou não amparo legal (idem, pág. 2.191). "Assim, um funcionário, que adquiriu, pelo ato de nomeação, direito à estabilidade, ou cuja demissão está sujeita, pela lei, a certas e determinadas formalidades, não poderia ver a sua nomeação revogada pela autoridade administrativa salvo se aquêle primeiro ato pudesse vir a ser considerado nulo por vício fundamental de fundo ou de forma" (Idem, pág, 292).

Depois dêstes esclarecimentos, não subsiste dúvida de que o pedido não merece acolhida.

De fato, a autora, como cunhada do ex-Prefeito, não podia ser nomeada propessôra municipal (art. 104 da Lei n.º 1, de 15 de setembro de 1947). O ato de nomeação, a portaria n.º 23/53, porque eivado de falha insanável, é nulo e, se é nulo, não produz efeitos. Não seria possível, em tais condições, dar-lhe legalidade e muito menos como resultante apenas do lapso de tempo decorrido com efetivo exercício da função. Nem socorre a autora o art. 88 da Constituição do Estado de São Paulo, que garante estabilidade ao funcionário que contar mais de dois anos de exercício. E é claro que, embora o dispositivo não restrinja aquêle exercício àquele que tenha sido legìtimamente adquirido, êsse é um pressuposto necessário. Do con-

trário, chegaríamos a situações como esta: um cidadão, que não é bacharel, é nomeado Delegado de Polícia, função privativa dos portadores de determinado título científico e, não obstante, permanece no cargo por tempo superior a dois anos. Só por isso teria êle adquirido o direito à continuação na função até que em processo administrativo se reconhecesse a irregularidade da nomeação? Evidentemente tal raciocínio não resiste a qualquer argumentação. O ato de nomeação, nulo de pleno direito por não conformidade com a lei, nunca poderia ser revalidado.

À vista do exposto, julgo improcedente a ação e condeno a autora nas custas.

Para ser lida e publicada na audiência de amanhã.

Santos, 28 de outubro de 1956. — *José Manuel Arruda*.