FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CARGO ELETIVO

— A perda do mandato, decretada pela Câmara a que pertencer, é a sanção contra a aceitação de cargo eletivo, por parte de funcionário público.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recorrente: André Franco Montoro
Recurso de mandado de segurança n.º 4.548 — Relator: Sr. Ministro BARROS BARRETO

ACÓRDÃO

Vistos etc., acordam os Juízes do Supremo Tribunal Federal, por maioria, dar provimento ao recurso, conforme o relatório e notas taquigrafadas. Custas pelo recorrido.

Rio, 20 de janeiro de 1958. — *Orosimbo Nonato*, Presidente. — *Afrânio Antônio da Costa*, Designado para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Barreto — Impetrou mandado de segurança André Franco Montoro, contra ato do Governador do Estado de São Paulo que declarou rescindido o seu contrato de Professor, padrão *V*, do Quadro da Universidade de São Paulo, lotado na Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas.

COMENTÁRIO

AFASTAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO DURANTE O MANDATO LEGISLATIVO

I — A Constituição federal assegura ao funcionário público o afastamento do exercício do cargo, enquanto durar o mandato legislativo, contando-se-lhe tempo de serviço apenas para promoção por antigüidade e aposentadoria. É o preceito do art. 50 da Constituição de 1946, reproduzido nos textos constitucionais dos Estados.

O princípio tem suas raízes no art. 32 da Constituição do Império, pelo qual "o exercício de qualquer emprêgo, à exceção do de Con-

Denegado o *writ*, foi lavrado o acórdão de fls. 45, tomado por maioria de votos, a cuja leitura vou proceder:

"Não se confunde o contrato de trabalho, encarado como locação de serviço e regulado pelos arts. 1.216 e seguintes, do Código Civil, com o originário de relações empregatícias entre patrão e empregado, de que cogita a legislação especial do trabalho;

Não pode, outrossim, o funcionário público contratado, na qualidade de extranumerário, e, pois, sem garantia de estabilidade, eleger-se deputado ou senador, ante expressa proibição do art. 48, II, alínea *b*, da Constituição federal.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 78.050, da comarca de São Paulo, em que é impetrante André Franco Montoro e impetrado o sr. Governador do Estado: Acordam, em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, rejeitar a preliminar de não conhecimento da segurança e, por maioria de votos, denegá-la, pagas as custas pelo impetrante.

Rejeita-se a preliminar. Equivocou-se, evidentemente, a douta Procuradoria-Geral da Justiça, manifestando-se pelo não conhecimento da segurança, por cogitar-se de rescisão de contrato de trabalho, cuja competência pertenceria à Justiça Especial Trabalhista. Trata-se, sem dúvida, de rescisão de contrato de trabalho. Na espécie, porém, não se confunde o contrato de trabalho, encarado como locação de serviço e regulado pelos arts. 1.216 e seguintes do Código Civil, com o originário de relações empregatícias, entre patrão e empregado, de que cogita a legislação especial do trabalho.

De meritis, denega-se a segurança. Insurge-se o impetrante contra o ato do Sr. Governador do Estado, que declarou rescindido o contrato pelo qual foi nomeado para reger a cátedra de Instituições de Direito Privado, na Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo.

O ato governamental, publicado no *Diário Oficial* do Estado, de 25 de março dêste ano, está fundado no art. 48, item II, alínea *b*, da Constituição federal, que proíbe aos deputados e senadores, desde a posse, ocupar cargo público do qual possam ser demitidos *ad nutum*.

---

selheiro de Estado e Ministro de Estado, cessa inteiramente, enquanto durarem as funções de deputado ou de senador".

"A Constituição não quer — elucida Pimenta Bueno — que, durante o período da atividade de suas funções, seja êle distraído de sua alta missão, nem que divida sua atenção para com outros deveres; essa missão, para ser bem desempenhada, demanda atenção e estudos incompatíveis com tal distração" (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 1857, vol. I, pág. 123).

Durante o exercício do mandato, não percebiam a remuneração do cargo, mas "os membros do corpo legislativo, sendo empregados públicos, devem continuar a vencer os seus ordenados durante o tempo que decorre desde o dia em que deixam os seus empregos, até o em que tomam assento na respectiva Câmara e deverão começar a vencê-los no dia seguinte ao do encerramento da Assembléia geral" (Aviso de 20 de outubro de 1832, *apud* José Carlos Rodrigues, *Constituição Política do Império do Brasil*, 1863, pág. 28, nota 1). É a solução recentemente adotada na Lei n.º 3.506, de 27 de dezembro de 1958, com a rejeição do veto parcial ao seu art. 3.º mandando remunerar o período de afastamento entre a diplomação e o início da sessão legislativa.

A rescisão contratual decorreu, por haver o impetrante, eleito deputado à Assembléia Legislativa do Estado, tomado posse da cadeira, quando, como contratado, era passível de demissão *ad nutum*.

Assim, entretanto, não entendeu o impetrante, taxando de ilegal e arbitário o ato, porque, nomeado para o cargo após um concurso de títulos, e nêle se mantendo há mais de dois anos, estava garantido com a estabilidade concedida pela Constituição, que só admite, em casos tais, a demissão, em virtude de sentença judicial, ou mediante processo administrativo, em que seja assegurada ao funcionário ampla defesa.

Prende-se, pois, a controvérsia, na investigação de poder, ou não, o impetrante, na qualidade de funcionário contratado, ser demitido *ad nutum* das suas funções, por gozar, segundo se alega, de estabilidade no cargo.

Cumpre, desde logo, assinalar, com a doutrina e a jurisprudência, a posição que o impetrante ocupa no quadro geral do funcionalismo público do Estado.

Difícil, dada a diversidade de opiniões, definir-se o que seja funcionário público. A Constituição do Estado, art. 82, como tal considera "todo aquêle que exerce, em caráter efetivo, mediante prova de habilitação e saúde, nomeado por autoridade competente, cargo criado por lei." O Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, por sua vez, art. 2.º, dispõe que "funcionário público é a pessoa legalmente investida em cargo público". Essa conceituação, porém, no dizer de Temístocles Cavalcanti, constitui "um regresso na definição de funcionário público, tirando-lhe o característico de permanência e estabilidade atribuído a certas categorias de servidores do Estado". Daí sustentar o emérito jurista "que a noção de funcionário público é genérica, compreendendo todos quantos exercem função pública. O que não exclui a divisão dos funcionários por categorias, obedecendo cada uma às normas legais fixadas em lei, com direitos, deveres e situações jurídicas pecualiares."

Na divisão, portanto, dos funcionários públicos, tomado o têrmo na sua acepção genérica, além dos que pertencem aos quadros fixos, permanentes, que Temístocles Cavalcanti denomina de está-

---

A Constituição de 1891 formulou a regra de que "o mandato legislativo é incompatível com o exercício de qualquer outra função *durante as sessões*" (art. 25) e as de 1934 e 1937 determinam que, no intervalo das sessões, o parlamentar reassumirá o seu cargo, com as vantagens equivalentes (Constituição de 1934, art. 33, § 4.º e art. 89, § 2.º; Constituição de 1937, art. 44, parágrafo único).

O afastamento obrigatório do funcionário público é uma resultante da incompatibilidade do exercício de funções em mais de um Poder (art. 36, § 1.º) e visa a assegurar tanto a independência do mandato, como a liberdade da Administração.

Interdito, como é, ao congressista, desde a posse, não sòmente aceitar, mas *ocupar* cargo público do qual possa ser demitido *ad nutum* (art. 48, II, letra *b*), a jurisprudência administrativa consolidou-se no sentido de que a regra do art. 50 atingia aos funcionários públicos *stricto sensu*, ou ao extranumerário estável. Os extranumerários que não tivessem tal garantia, perderiam, com a investidura no pôsto legislativo, a função precária.

Carlos Medeiros Silva, na qualidade de Consultor Jurídico do D.A.S.P. traçou a exegese vitoriosa, nos têrmos seguintes:

veis, e que, segundo ele, "compreendem especialmente o conjunto de carreiras e cargos isolados considerados fixos e, providos de forma semelhante aos de carreira", existem os extranumerários.

O Decreto-lei federal n.º 5.175, de 7 de janeiro de 1943, que dispôs sobre a admissão do pessoal extranumerário no serviço público da União, classificou tais servidores em quatro categorias distintas: o contratado, o mensalista, o diarista e o tarefeiro. Todos êles admitidos a título precário, mediante salários fixados de acôrdo com as dotações orçamentárias em sua parte variável.

O Decreto estadual n.º 13.943, de 17 de abril de 1944, reproduziu a classificação feita na lei federal, estabelecendo as mesmas prerrogativas para essa categoria de funcionários. A Lei n.º 1.309, de 29 de dezembro, digo, novembro de 1951, por sua vez, em execução ao disposto no art. 103 da Constituição do Estado, manteve a classificação dos extranumerários, de acôrdo com a lei anterior. O Decreto-lei n.º 17.114, de 12 de março de 1947, efetivou, "independentemente de qualquer formalidade, nos respectivos cargos isolados e de carreira, dos diversos quadros do funcionalismo do Estado e das autarquias, os seus atuais ocupantes interinos e contratados. Excetuou, entretanto, "dessa efetivação os docentes, os funcionários do Quadro da Justiça, os da Assembléia Legislativa e os ocupantes de cargos de chefia e direção."

"A questão dos funcionários contratados — observa Temístocles Cavalcanti — desafiou sempre, em nosso sistema administrativo, o espírito jurídico e a necessidade de ordem, que é uma imposição da própria normalidade da vida administrativa.

Sem atender à expressão literal da palavra, confundiu-se sempre o contratado com a avalanche de funcionários irregularmente introduzidos nos quadros normais da administração... "Tinha, assim, a expressão "contratado" um sentido genérico, abstraído da significação jurídica contida na relação contratual entre funcionário e o Estado".

Em face de tais princípios, reguladores da matéria, de ver-se, agora, se o impetrante, como funcionário contratado do Estado, goza de estabilidade no cargo, de molde que sua demissão *ad*

"Além de proibir que o Senador ou Deputado, depois da posse, ocupe "cargo do qual possa ser demitido *ad nutum*" (art. 48, II, *b*), a Constituição, no art. 50, manda afastar o funcionário público do exercício do cargo, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para promoção por antigüidade e aposentadoria.

A conjugação dos dois dispositivos mostra que o art. 50 só se refere aos funcionários que não possam ser demitidos *ad nutum*. Êstes devem ser exonerados, verificada a posse como congressistas. A precariedade da investidura é incompatível com o afastamento prolongado que o exercício do mandato pressupõe.

Na mesma situação dos funcionários demissíveis *ad nutum* se encontram os extranumerários. A sua condição se deve regular à luz do disposto no art. 48 e não do art. 50 da Constituição.

E, pela latitude em que está vazado aquêle dispositivo, deve, a meu ver, atingir os extranumerários do serviço público federal, investidos em funções legislativas estaduais ou municipais" (*Revista de Direito Administrativo*, vol. XI, pág. 319).

A tese mereceu o endôsso de A. Gonçalves de Oliveira, em opinião emitida como Consultor Jurídico do Ministério da Viação (*Revista*

nutum venha a ferir direito líquido e certo, por êle invocado na impetração da segurança."

Não resta dúvida, em face do exposto, que a situação jurídica do impetrante é a de funcionário extranumerário. E, pois, não pertence êle a cargo de carreira ou isolado, considerados fixos, mas à "parte oscilante, instável, variável do funcionalismo".

Como contratado, foi "admitido mediante contrato bilateral para o desempenho de função reconhecidamente especializada, de natureza técnica ou científica" (Lei n.º 1.309 de 29-11-951).

Sem garantia de estabilidade, mas jungido ao contrato, não podia o impetrante eleger-se deputado e tomar posse da cadeira, sem que, com isso, não desse causa à rescisão denunciada no ato governamental.

A constituição federal, pondera Pontes de Miranda, "menciona os dois casos de atividade que o deputado ou senador não pode exercer, sob pena de perda do mandato, a partir da expedição do diploma: 1) celebrar contrato com a administração pública federal, estadual ou municipal, entidade autárquica ou sociedade de economia mista, devendo-se entender que a Constituição proíbe a interposição de pessoal, *v. g.*, contratar com emprêsa que goze de favores públicos; 2) aceitar ou exercer cargo, comissão remunerada ou emprêgo remunerado, de pessoa jurídica de direito público, salvo as exceções previstas na Constituição, isto é, missão diplomática, promoção por antigüidade, nomeações decorrentes do art. 46 e nomeação para qualquer dos casos do art. 51" (*Comentários à Constituição* de 1946, pág. 254).

"Um instante, prossegue o preclaro constitucionalista, que o deputado ou senador tenha permanecido, sem dever, numa das situações do art. 48, II, basta para que se lhe aplique a pena".

Ora, o impetrante, como funcionário contratado, tinha o "seu regime sujeito às normas do contrato, cuja infração importa na sua rescisão" (Temístotes Cavalcante, *Curso Administrativo* pág. 416).

Nem vale argumentar-se com o art. 50 da Carta Magna, que permite o afastamento do funcionário do cargo, enquanto durar o mandato. O dispositivo, porém, refere-se aos ocupantes de cargos de

---

de Direito Administrativo, vol. 16, pág. 243) e serviu de roteiro à orientação seguida pelo D.A.S.P. (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 18, pág. 283, vol. 31, pág. 363).

No mesmo sentido, tive ocasião de opinar, como Consultor Jurídico do D.A.S.P. (Caio Tácito, *Pareceres do Consultor Jurídico do D.A.S.P.*, 1957, pág. 221; *Revista de Direito Administrativo*, vol. 36, pág. 361).

II — Decidindo o recurso de mandado de segurança n.º 4.548, de S. Paulo, o Supremo Tribunal Federal abriu, por maioria de votos, uma nova vereda na construção da incompatibilidade constitucional.

O impetrante, professor contratado da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade de São Paulo, elegera-se deputado à Assembléia Legislativa.

Em conseqüência, o Governador do Estado considerou rescindido o contrato, com base no art. 48, I, alínea *b* da Constituição e o Tribunal de Justiça manteve-lhe o ato, observando, no acórdão que "sem garantia de estabilidade, mas jungido ao contrato, não podia o impetrante eleger-se deputado e tomar posse da cadeira, sem que, com isso, não desse causa à rescisão denunciada no ato governamental".

A maioria dos ilustres ministros do Supremo Tribunal Federal, em número de seis, acolheu o recurso, considerando que a investidura

carreira ou isolados, considerados fixos, providos na forma semelhante aos de carreiras, que gozam de estabilidade. Não aos que provêm de contrato, porque o contratado, além de funcionário extranumerário, está sujeito ao prazo de sua duração, e a interrupção não pode dar-se a seu alvedrio. "A precaridade da investidura — consigna Bittencourt Sampaio — é incompatível com o afastamento prolongado que o exercício do mandato pressunpõe."

Assumindo a cadeira de deputado, o impetrante deu causa à rescisão contratual, denunciada no ato incriminado de ilegal, mas que, na verdade, está assentado em dispositivo expresso da Constituição federal. O afastamento para o exercício do mandato, é, na espécie, incompatível com o desempenho da função, devendo a situação dos extranumerários equiparar-se, frente ao aludido art. 48, II, alínea *b*, da Constituição, à dos funcionários demissíveis *ad nutum*, conforme parecer inserto *in Revista de Direito Administrativo*, 31/364.

Em suma; a demissão do impetrante está apoiada em justa causa, verificando-se a rescisão contratual com a posse do mesmo à cadeira de deputado na Assembléia Legislativa do Estado. E, pois, por ato próprio dêle, que por ato do Sr. Governador do Estado, que apenas se limitou a tornar de direito uma situação de fato já existente.

São Paulo, 12 de setembro de 1956. — *Amorim Lima*, Presidente. — *Ferraz de Sampaio*, Relator. — *Leme da Silva*. — *Frederico Roberto*, vencido. — *Pedro Chaves*. — *Augusto de Lima*, vencido. — *Justino Pinheiro*. — *Davi Filho*. — *Silos Cintra*, vencido. — *Barros Monteiro*, vencido. — *Prado Fraga*, vencido. — *Trasíbulo de Albuquerque*, vencido. — *Custódio da Silveira*, vencido. — *Octávio Lacorte*. — *Vasco Conceição*. — *Samuel Morão*. — *Alcides Faro*. — *Minhoto Júnior*. — *Luís Morato*. — *Olavo Guimarães*. — *Cantidiano de Almeida*. — *Tomás Carvalhal*. — *Moura Bittencourt*, vencido. — *Martins Ferreira*. — *Euler Bueno*. — *Jonas Vilhena*. — *Rodrigues Alckmin*. — *Ferreira de Oliveira*. — *Carmo Pinto*."

Daí, o recurso ordinário, previsto na Constituição federal (art. 101, II, letra *a*) e interposto mediante petição a fls. 51.

---

no mandato legislativo suspendia a vigência do contrato, mas não o rescindia, como pareceu aos quatro ministros da corrente minoritária, entre os quais o Relator do feito.

Certo é que variam os fundamentos dos votos entre os componentes da maioria. A rigor, sòmente dois dos ilustres ministros que proviram ao recurso esposaram sem reservas, a suspensão indeterminada do contrato, durante o desempenho do mandato legislativo: considera o Ministro Hahnemann Guimarães que, como "essa impossibilidade (de exercer a função pública) decorre do cumprimento de dever político, a parte não deve sofrer prejuízo. O contrato fica em suspenso e não rescindido e o ESTADO também não será prejudicado, porque poderá contratar outro professor para êsse período em que o contratado estiver suspenso". E o Ministro Ribeiro da Costa, aderindo aos motivos dos votos anteriores, indaga: "O funcionário eleito, uma vez cumprido o dever cívico, continua com tôdas as garantias do cargo. Por que, então, o funcionário contratado não terá direito a essa mesma garantia?".

Para o Ministro Afrânio da Costa, falece ao Poder Executivo competência para aplicar sanções por incompatibilidade parlamentar, de exclusiva apreciação da Assembléia Legislativa; enquanto o corpo

Falou, por último, a Procuradoria-Geral da República, juntando o seguinte parecer:

"André Franco Montoro, impetrou, ao Tribunal de Justiça de São Paulo, mandado de segurança contra o ato do Sr. Governador do mesmo Estado que rescindiu o seu contrato de professor da Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas, da Universidade paulista.

A fls. 35-41 se encontram as informações prestadas pelo Sr. Governador. Disse S. Excia. que o impetrante, como extranumerário contratado, era demissível *ad nutum*, assim, não podia continuar no exercício da função, cumulativamente com a de deputado à Assembléia Legislativa do Estado, *in verbis*:

"Este Govêrno, tomando conhecimento da situação do impetrante, que era extranumerário, sem estabilidade, só poderia adotar a atitude que adotou: rescisão do contrato do impetrante por ter êste assumido o mandato legislativo."

.....

"Ora, assim sendo, o impetrante poderia ter sido exonerado pura e simplesmente, sem que por isso pudesse reclamar com êxito. No entanto, foi afastado por motivo justo e soberano."

O Tribunal de Justiça denegou a segurança, em acórdão a fls. 45-49, do qual destaco os seguintes trechos:

"Assumindo a cadeira de deputado, o impetrante deu causa à rescisão contratual, denunciada no ato incriminado de ilegal, mas que, na verdade, está assentada em dispositivo expresso da Constituição federal. O afastamento para o exercício do mandato é, na espécie, incompatível com o desempenho da função, devendo a situação dos extranumerários equiparar-se, frente ao aludido art. 48, II, alínea "b", da Constituição, à dos funcionários demissíveis *ad nutum* conforme parecer inserto *in Revista de Direito Administrativo*, 1/764.

Em suma. A demissão do impetrante está apoiada em justa causa, verificando-se a rescisão contratual com a posse do mesmo à cadeira de deputado na Assembléia Legislativa do Estado. E, pois, por ato próprio dêle, que por ato do Sr. Governador do Estado, que apenas se limitou a tornar de direito uma situação de fato já existente."

Foi interposto recurso ordinário (fls. 51) processado regularmente.

---

político não se manifestar, "ficará afastado do cargo, com interrupção do prazo do contrato que será posteriormente completado, quando não fôr mais deputado."

Houve, segundo o ministro Ari Franco, "certa precipitação do Governador do Estado"; se houvesse interpelado o funcionário contratado e se êste manifestasse o propósito de desempenhar o mandato eletivo, então sim, a questão passaria para a esfera do Direito Administrativo, uma vez que o funcionário não estaria mais em condições de exercer as funções para as quais fôra contratado."

Impressionou ao Ministro Luís Gallotti outro ângulo da questão, a saber, de que "o servidor contratado, durante o prazo do contrato, é estável, não é demissível *ad nutum*" e "a Constituição, no art. 50, determina que o funcionário ficará afastado do exercício do cargo enquanto desempenhar mandato eletivo. Assim o contrato não poderia ser rescindido".

Não consta das notas taquigráficas a motivação do voto do Ministro Lafayette de Andrada.

Em contraste, consideram os Ministros vencidos que a assunção da cadeira de Deputado extinguiu o contrato pela impossibilidade da prestação de serviço.

A decisão recorrida merece confirmação, por seus jurídicos fundamentos. Em modesto parecer, emitido, em 10-8-47, quando no exercício do cargo de Consultor-Jurídico do DASP, sustentei que "verificada a posse do mandato legislativo, deve o extranumerário ser dispensado de suas funções, salvo quando estabilizado em virtude de dispositivo constitucional." (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, págs. 318 e 319).

Opino, pois, pela rejeição do recurso.

Distrito Federal, 12 de setembro de 1957. — *Carlos Medeiros Silva*, Procurador-Geral da República".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Barreto (Relator) — Salientou o ilustre Tribunal *a quo*, e tornou-se pacífico, que o caso em tela não diz respeito a rescisão de contrato de trabalho, sôbre relações empregatícias, entre patrão e empregado, pôsto que cuida de contrato, encarado como locação de serviço e regulado pelos arts. 1.216 e seguintes do Código Civil.

O recorrente, na qualidade de extranumerário contratado do Estado, para desempenhar função especializada, de natureza técnica ou científica (Lei n.º 1.309, de 29 de novembro de 1951), era demissível *ad nutum*, visto que, sem garantia de estabilidade, sujeito, apenas, ao prazo do contrato. E, com o assumir a cadeira de Deputado, decorreu a rescisão contratual, denunciada no ato governamental, por fôrça do disposto no art. 48, n.º II, letra *b*, da Constituição da República.

Não amparava o postulante — pois se trata, inequìvocamente, de situação diversa — o pretenso direito líquido e certo, sob invocação do art. 50 da Carta Maior, que, no seu entender, só importaria na suspensão do contrato, enquanto êle estivesse exercendo mandato legislativo.

Diante do exposto e na conformidade do parecer do eminente Procurador-Geral da República, nego provimento ao recurso.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Afrânio Antônio da Costa — Sr. Presidente, peço vista dos autos.

No parecer do Ministro Barros Barreto, relator do feito, "o recorrente ... era demissível *ad nutum*, visto que, sem garantia de estabilidade, sujeito, apenas, ao prazo do contrato" e, segundo o Ministro Vilas-Boas, "o Governador do Estado era competente para declarar rescindido o contrato do funcionário que não podia exercer a função em virtude de haver preferido o mandato eletivo".

O Ministro Cândido Mota lembrou decisão proferida, em caso semelhante, como Ministro de Estado e entendeu que "se o funcionário contratado para determinado cargo não pode exercê-lo dentro do prazo do contrato, não é possível que êste contrato permaneça em vigor".

O Ministro Nélson Hungria colocou a sua discordância em têrmos enfáticos e precisos: "A Constituição refere-se a cargo permanente. No caso, porém, trata-se de funcionário contratado para determinado período e se o mandato relativo ultrapassa êsse período, está claro que não pode perdurar a vigência do contrato sinalagmático, que foi feito por período prefixado. De outro modo, se contratado vier a ser reeleito, ficará o contrato, celebrado por tempo determinado, indefinidamente em vigor".

III — Extranumerário é, em sua origem etimológica e legal, o servidor que excede ao *número* regular de funcionários públicos.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Pediu vista o Sr. Ministro Afrânio da Costa, depois de votar o Sr. Ministro Relator (Barros Barreto) pelo desprovimento do recurso.

Presidência do Sr. Ministro Orosimbo Nonato.

VOTO

O Sr. Ministro Afrânio Antônia da Costa — ... (ler o acórdão de fls. 45).

O eminente Ministro Barros Barreto relator do recurso ordinário, negou-lhe provimento com o seguinte voto (ler).

O recorrente, por concurso, foi contratado em 1947 professor, padrão V, do quadro da Universidade de São Paulo, lotado na Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas.

De dois em dois anos, vinha sendo renovado seu contrato, até que, em 1954, foi eleito Deputado Estadual em São Paulo.

Dando-o por demissível *ad nutum*, por infração do contrato, foi cancelado o contrato.

Data venia, a consequência seria a perda do mandato, o que a Constituição veda é que o deputado desde a posse aceite cargo público do qual possa ser demitido *ad nutum*, não que o funcionário possa ser empossado em cargo eletivo (art. 48, II, letra *b*) e a sanção cita no § 1.º: "A infração do disposto neste artigo importa em perda de mandato, declarada pela Câmara a que pertence o deputado ou senador, mediante provocação de qualquer de seus membros ou representação documentada de partido público digo, político ou do Procurador-Geral da República."

Não é possível ao legislador ordinário alterar os têrmos da sanção constitucional, restringindo o exercício de direitos públicos, por forma não autorizada na Carta Magna.

Ao têrmo do contrato poderá o Govêrno não renová-lo ou prorrogá-lo, mas, enquanto a Assembléia não entender passível de tal pena, ficará afastado do cargo, com interrupção do prazo do contrato que será posteriormente completado, quando não fôr mais deputado.

Veio à balha a legislação trabalhista mas, a meu ver, com simples argumento

---

É aquêle admitido, transitòriamente, para suprir necessidades eventuais de administração que não podem nem devem ser atendidas a título permanente.

A Lei n.º 284, de 28 de outubro de 1936, que reajustou o pessoal civil da União autorizava a admissão de extranumerário "pelo prazo que fôr indispensável" (artigo 19, parágrafo único). O Decreto-lei n.º 240, de 4 de fevereiro de 1938, enunciou a regra de que "o extranumerário será sempre admitido ou reconduzido a título precário" (art. 2.º) e o mesmo conceito reaparece no Decreto-lei n.º 5.175, de 7 de janeiro de 1943, que substituiu o primeiro, como lei básica do pessoal extranumerário da União.

Teòricamente, portanto, o corpo administrativo se dividia em dois grupos: um dêles, de natureza permanente e estável; outro, de caráter precário e contingente. Ao primeiro correspondiam cargos públicos, ordenados em carreiras e quadros; no segundo se colocavam as funções de extranumerário, distribuídas em categorias de contratados, tarefeiros, diaristas e mensalistas.

Cresceram, porém, de tal modo, as admissões de pessoal extranumerário que o pressuposto legal começou a ceder à realidade da experiência administrativa.

a mais para mostrar a desigualdade entre brasileiros, desigualdade não prevista na Constituição.

Enquanto os empregados no comércio, indústria e mais atividades particulares, não sofrem restrição alguma em tal caso, aos empregados do Estado pretende impôr-se uma sanção especial, não prevista na Constituição.

VOTO

O Sr. Ministro Vilas-Boas — Sr. Presidente, a Constituição do Estado de São Paulo, reproduzindo, aliás, dispositivo da Constituição federal, diz que o deputado estadual não poderá, desde a posse, "aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprêgo remunerado de pessoa jurídica de direito público, entidade autarquica, sociedade de economia mista ou emprêsa concessionária de serviço público". O requerente do presente mandado estava contratado pelo Estado para exercer as funções de professor. Ao tomar posse do cargo de deputado estadual, para o qual fôra eleito, preferiu, inequìvocamente, exercer êsse mandato. Assim, o Governador do Estado era competente para declarar rescindido o contrato do funcionário que não podia exercer a função, em virtude de haver preferido o mandato eletivo.

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Exatamente. Para a perda do mandato só a Assembléia Legislativa seria competente, mas para a perda do contrato era competente o Poder Executivo. Se o Executivo contratasse com um pintor a execução de um quadro e o pintor ficasse paralítico, o contrato permaneceria?

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Mas, no caso, trata-se de contrato com prazo determinado e o funcionário contratado é estável dentro daquele prazo.

O Sr. Ministro Vilas-Boas — Pelas razões expostas, peço permissão aos eminentes colegas que pensam de modo contrário, para acompanhar o voto do ilustre Ministro Relator, no sentido de negar o mandado.

VOTO

O Sr. Ministro Cândido Mota — Sr. Presidente, nego provimento ao recurso. Quando exerci as funções de Ministro

---

Procurei descrever, em conferência pronunciada em 1953, a evolução que se desenhava no direito brasileiro:

"É notório, no entanto, que a realidade da função pública brasileira não corresponde a essa separação ideal. Na rotina administrativa, as atribuições e responsabilidades de funcionários e extranumerários tendem, cada vez mais, a se confundirem. Os processos de seleção e de acesso, os critérios de transferência, readmissão e reversão, a definição de atribuições e a distribuição de serviços são, pràticamente, equivalentes nas duas categorias. Na época presente, até mesmo o número de extranumerários em exercício no serviço público federal desmente a transitoriedade da prestação de trabalho.

Com o artigo 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias começou o reconhecimento dessa situação de fato, conferindo-se estabilidade, além de outras equiparações, ao extranumerário que exercesse função de natureza permanente, há mais de cinco anos, ou em virtude de concurso, ou prova de habilitação.

Completando o favor constitucional, afirma o novo Estatuto a extensão ao pessoal extranumerário do regime jurídico do funcionalismo público. A norma ampliativa do campo de incidência do código distingue entre extranumerários estáveis (art. 23 do A.D.C.T.) e

da Educação, resolvi de modo idêntico caso semelhante. Entendo que se o funcionário contratado para determinado cargo não pode exercê-lo dentro do prazo do contrato, não é possível que êste contrato permaneça em vigor.

VOTO

O Sr. Ministro Ari Franco — Senhor Presidente, parece-me que houve certa precipitação por parte do Governador do Estado, uma vez que S. Excia. não podia inferir, *a priori*, que êste cidadão não preferisse permanecer no exercício do cargo de professor a desempenhar mandato eletivo.

S. Excia. devia ter interpelado o funcionário contratado e se êste manifestasse o propósito de desempenhar o mandato eletivo, então sim, a questão passaria para a esfera do Direito Administrativo, uma vez que o funcionário não estaria mais em condições de exercer as funções para as quais fôra contratado.

Assim sendo, concedo o mandado de segurança, para que o requerente, após a terminação do mandato eletivo, continue a exercer as funções para as quais foi contratado, durante o tempo que faltar para complemento do contrato.

VOTO

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Sr. Presidente, coloco o caso dentro da seguinte equação: o requerente do mandado foi contratado para, durante determinado prazo, exercer função de ensino. No curso do contrato, sobrevém a sua eleição para deputado á Assembléia Legislativa Estadual, cargo no qual foi diplomado e que está exercendo plenamente. Ficou, pois, inibido, impossibilitado de exercer a função pública para a qual fôra contratado para determinado período, isto é, para aquêle período, e não para outro. Não se trata, pois, no presente mandado, de saber se a Assembléia Legislativa pode aplicar ao ora recorrente a sanção de perda do mandato, porque continua a entender que é funcionário contratado do Estado. A sanção a ser aplicada é pelo Poder Executivo, pela administração pública, que não pode permitir que permaneça, que continue em vigência o contrato de cidadão que, posteriormente, ficou juridìcamente inibido de exercer a função para a qual foi contratado. A administração não pode esperar, não pode aguardar até que o funcionário esteja

---

extranumerários instáveis. Aos primeiros manda aplicar, sem ressalva, o sistema legal do Estatuto, devendo passar a ocupar cargos, integrantes de quadros especiais extintos (art. 257, § 1.º). Quanto aos últimos, subordina a igualdade de tratamento à cláusula do cabimento da assemelhação" (*O Estatuto de* 1952 *e suas inovações* — *"Revista de Direito Administrativo"*, vol. 34, pág. 6)

A legislação posterior confirmou a tendência de garantir aos servidores precários a aquisição de estabilidade desde que completem cinco anos de serviço público.

Assim, a Lei n.º 2.284, de 9 de agôsto de 1954, equiparou aos funcionários efeitivos, para todos os efeitos, os extranumerários-mensalistas da União e das autarquias que contassem os viessem a contar mais de cinco anos de serviço público, ininterruptos ou não (art. 1.º).

E admitiu a mesma equiparação para os contratados e tarefeiros cujas funções se tornassem de caráter permanente (art. 2.º, § 2.º), ou que já o fossem à data da lei, como entendeu a jurisprudência em interpretação construtiva do preceito.

Mais recentemente, a Lei n.º 3.483, de 8 de dezembro de 1958, também assemelhou aos mensalistas da União (e, conseqüentemente, por via oblíqua ao pessoal efetivo), os empregados admitidos por

em condições de voltar ao exercício da função e já não mais no período para o qual foi contratado. Assim, o que ocorre, no caso, é a impossibilidade de exercício do contrato; uma das partes ficou impossibilitada de desempenhar a função para a qual foi ajustada.

O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães — Mas se essa impossibilidade decorre do cumprimento de dever político, a parte não deve sofrer prejuízo. O contrato fica em suspenso e não rescindido, e o Estado também não será prejudicado, porque poderá contratar outro professor para êsse período em que o contrato estiver suspenso.

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Durante o prazo do contrato, o funcionário contratado é estável e a Constituição, no art. 50, determina que o funcionário ficará afastado do exercício do cargo enquanto desempenhar mandato eletivo. Assim, o contrato não poderia ser rescindido.

O Sr. Ministro Nélson Hungria — A Constituição refere-se a cargo permanente. No caso, porém, trata-se de funcionário contratado para determinado período e se o mandato eletivo ultrapassa êsse periodo, está claro que não pode perdurar a vigência do contrato sinalagmático, que foi feito por período

---

verbas globais, com cinco anos de exercício, inclusive o pessoal de obras tabelado, pertencente a serviços técnicos, de administração e fiscalização.

Essa moderna inclinação, no plano legislativo federal, possìvelmente terá contribuído, psicològicamente ao menos, para a solução do acórdão que assegurou a permanência do contrato além do exercício de sua eficácia.

Seria de notar-se, porém, que a Constituição do Estado de certo modo repudia a assemelhação, quando distingue, nìtidamente, entre *funcionário público* (definido no art. 82, como "todo aquêle que exerce, em caráter efetivo, mediante prova de habilitação e de saúde, nomeado por autoridade competente, cargo público criado em lei") e extranumerário, a que se refere o art. 103, consignando que "a lei ordinária estabelecerá as garantias e vantagens a que terão direito os que prestam serviços ao Estado sem pertencerem ao quadro de funcionários".

A Lei estadual n.º 1.309, de 29 de novembro de 1951, regulou, em execução ao preceito constitucional, o regime jurídico do pessoal do serviço público civil e as suas disposições se incorporaram à Consolidação das leis sôbre os servidores extranumerários do Estado, aprovada pelo Decreto n.º 27.301, de 22 de janeiro de 1957.

Em tais atos normativos capitula-se o caráter precário da admissão do extranumerário, que é, nos têrmos do parecer da comissão elaboradora do projeto (da lavra do saudoso jurista A. Nogueira de Sá), "agente eventual da administração," cuja existência se funda em que "não sendo inteiramente previsíveis as necessidades do serviço que, assim, pode em princípio exceder à realidade numérica dos servidores públicos, é lógica a conseqüência de haver pessoal excedente dos quadros, admitido e conservado enquanto necessário para o desempenho dos encargos emergentes e assim acrescidos".

IV — Proclamado como foi, o julgado com apreciável dispersão de votos (seis votos contra quatro), não firma critério definitivo ou

pré-fixado. De outro modo, se o contratado vier a ser reeleito, ficará o contrato, celebrado por tempo determinado, indefinidamente em vigor.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Sr. Presidente, o impetrante tinha contrato com prazo determinado, decorrente de concurso, e, tendo sido eleito deputado estadual, foi demitido do cargo para o qual fôra contratado, sob o fundamento de que a Constituição veda ao deputado, desde a posse, ocupar cargo público do qual possa ser demitido *ad nutum*.

Ocorre, porém, que o servidor contratado, durante o prazo do contrato, é estável, não é demissível *ad nutum*. O ora recorrente também não *aceitou*, nem *exerceu* emprêgo remunerado após a expedição do diploma, conforme prevê o outro inciso da Constituição; o contrato foi anterior á eleição e o que o recorrente pleiteia é que fique em suspenso o respectivo prazo, durante o exercício do mandato.

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Mas quando o mandato terminar, o prazo do contrato já estará decorrido.

O Sr. Ministro Luís Gallotti — Ocorre a suspensão, por aplicação analógica do

---

estável na jurisprudência do egrégio Pretório. Marca, no entanto, um precedente expressivo quanto à latitude do art. 50 da Constituição federal.

O ponto de vista prevalente no sentido de que o exercício do mandato legislativo suspende o curso do contrato de vigência certa e determinada suscita implicações que foram afloradas no voto do Ministro Nélson Hungria.

O contratado é admitido por instrumento registrado pelo Tribunal de Contas, cujo prazo corresponde ao do exercício financeiro, uma vez que corre à conta de verba orçamentária própria, sem a qual não é válido o ato de admissão ou recondução do servidor.

A ultratividade do contrato além do término do exercício, assim declarada por ato judicial, importa a predeterminação de verba em lei orçamentária futura quando esta, em tese, é de competência do Congresso, apenas compelido a prever despesas obrigatórias em virtude de *lei*.

Por outro lado, assegurando-se ao parlamentar o direito de retornar ao *statu quo ante*, a qualquer tempo quando venha a cessar a representação política, não se estará extralimitando a competência do Executivo de prover, mediante concurso, a cátedra de ensino superior ocupada, a título precário, pelo contratado, ou a competência do Legislativo para criar cargo público efetivo, em substituição à função de extranumerário-contratado em que se imobilizou *de jure* o ocupante, enquanto fôr deputado?

As circunstâncias singulares do caso, à luz do direito constituído, enxameiam de perplexidades a exegese do importante acórdão. É de esperar que a hipótese se renove nas pautas do emérito colégio a fim de que possam os seus ilustres membros unificar a hermenêutica dos arts. 50 e 48 da Constituição.

Caio Tácito
Professor na Faculdade de Direito da
Universidade do Rio de Janeiro

art. 50 da Constituição. Pelas razões que expuz, dou provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — Sr. Presidente, além dos motivos já aduzidos pelos eminentes colegas que acolheram o pedido, acrescento o fundamento de que, em face dos têrmos expresso da Constituição, não é possível dar-se tratamento diverso a funcionário público, genèricamente. O funcionário eleito, uma vez cumprido o dever cívico, continua com tôdas as garantias do cargo. Por que, então, o funcionário contratado não terá direito a essa mesma garantia?

O Sr. Ministro Nélson Hungria — Porque o período do contrato transcorre antes do término do mandato eletivo.

O Sr. Ministro Ribeiro da Costa — Isto é cogitação que não consta dos têrmos claros e expressos da Consittuição.

Assim, dou provimento ao recurso de mandado.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deram provimento, contra os votos dos Srs. Ministros: Relator, Vilas-Bôas, Cândido Mota e Nélson Hungria.

Presidência do Sr. Ministro Orosimbo Nonato. Relator: o Sr. Ministro Barros Barreto.

Foi dado provimento, pelos votos dos Srs. Ministros: Afrânio Costa, substituto do Sr. Ministro Rocha Lagoa que se encontra em exercício no Tribunal Superior Eleitoral; Ari Franco, Luís Galloti, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa e Lafayette de Andrada.