ATO ADMINISTRATIVO — NULIDADE — EFEITOS

— É nulo, não podendo produzir efeitos, o ato praticado contra disposição legal expressa.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO N.º 14.448-57

PARECER

O Departamento de Administração (D. A.) do Ministério da Viação e Obras Públicas solicita o parecer dêste Departamento sôbre a situação de servidores admitidos ilegalmente pela antiga Estrada de Ferro Noroeste do Brasil (hoje incorporada à Rêde Ferroviária Federal S. A.).

2. A questão veio à baila em virtude do requerimento de fls. 4, em que o Doutor Celso d'Alkimim, admitido "interinamente" na função de Médico ref. 28,

como "substituto" do Dr. Plácido Rocha, que se encontra afastado, desde 1950, em exercício de mandato eletivo, solicita o reconhecimento de sua equiparação ao funcionário efetivo, de acôrdo com a Lei n.º 2.284, de 1954, e, conseqüentemente, sua inclusão nas listas de melhoria de salário.

3. A Superintendência da Estrada, após assinalar a existência de outras irregularidades, consistentes na admissão de alguns extranumerários mensalistas, em caráter provisório (Decreto número 29.997, de 1951), em plena vigência da mencionada lei, que proibia tais admissões, indaga se o *decurso do tempo* (mais de 5 anos) teria suprido o vício inicial dessas admissões.

4. A Divisão do Pessoal do Ministério (D. P. V.) reconhece a ilegalidade substancial dêsses atos e, em decorrência, sua nulidade absoluta. Mas, no que se refere ao Dr. Celso d'Alkimim, pondera:

"O médico Celso d'Alkimim deverá passar a ocupar função idêntica à que exerce, há mais de cinco anos, como "interino", durante o afastamento do ocupante da função.

A meu ver, apesar da forma irregular da sua admissão, já incorporou ao seu patrimônio, por fôrça da Lei n.º 2.284, de 1954, os direitos de equiparação ao serviço efetivo.

É lamentável que tal situação tenha ocorrido, sendo irregular o provimento da função".

5. Nada obstante, o Diretor do D. A. solicitou o parecer dêste Departamento.

6. Não se trata de mera irregularidade: o que se verifica é nulidade plena, cujo reconhecimento, a não ser por puro sentimentalismo, é irrecusável.

7. Um dos elementos fundamentais à validade dos atos jurídicos é a capacidade do agente, a qual, no tocante aos atos administrativos, se expressa pela competência, que é dada pela lei e só vive dentro dos limites desta. O funcionário que, embora praticando ato de sua competência, o faz em desacôrdo com as determinações legais, pior ainda, contra elas, exorbita de sua função, e tal ato não chega a entrar para o mundo jurídico, que o ignora completamente. É a lição de Seabra Fagundes (*O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 2.ª ed. atualizada, 1950, pág. 115):

"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. *É 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" (os grifos não pertencem ao original).

8. Ora, nas hipóteses examinadas, a admissão do Dr. Celso d'Alkimim se deu *interinamente*, em função de referência *não inicial* de *extranumerário* e em *substituição*, quando a lei (Decreto-lei n.º 1.713, de 1939, antigo Estatuto, art. 14) só permitia nomear interino: "*a*) no impedimento do ocupante efetivo de *cargo isolado*; *b*) em *cargo vago de classe inicial de carreira*, para o qual não haja candidato legalmente habilitado" (grifou-se) e o Decreto-lei n.º 5.175, de 1943, que regulava a admissão de extranumerário, nem tocava no assunto.

9. Quanto à admissão de extranumerário-mensalista, em caráter provisório, após a Lei n.º 2.284, de 1954, é igualmente nula. Esta lei estabeleceu, em seu art. 2.º, que, a partir de sua vigência, só poderia ser admitido extranumerário para função reconhecidamente transitória, como *tarefeiro* ou *contratado*, não havendo como aceitar-se a validade de qualquer admissão de mensalistas durante sua vigência, a não ser a exceção prevista na Lei n.º 2.705-A, de 1956, que não aproveita ao caso.

10. Todos êsses atos da Direção da Estrada são, por conseguinte, absolutamente nulos, por contrariarem normas legais expressas. Trata-se de um *abuso de função*, como o define o jurista acima referido (ob. cit., pág. 77), o que acarreta, ainda, a responsabilidade de

seu autor, na forma do art. 194, item VI, combinado com a art. 204 do Estatuto dos Funcionários, visto como nem mesmo se poderia presumir, na hipótese, a existência de êrro.

11. Não há, por outro lado, como falar em direitos adquiridos, por parte dos pretensos beneficiários dêsses atos, o que lhes ensejaria recurso ao Judiciário, como se aventou a fôlhas 15, pois de um ato nulo, processado, como na espécie, contra expressa determinação legal, cujo desconhecimento a ninguém é lícito invocar, nenhum direito subjetivo pode resultar. Aliás, à administração é defeso, ciente da ineficácia de um ato, atribuir-lhe efeitos contrários à lei, pelo temor do recurso da parte ao Judiciário, sob pena de invasão do poder jurisdicional, através dêsse julgamento antecipado.

12. Finalmente, cabe esclarecer que a solução aventada pela D. P. V., no sentido do aproveitamento do Dr. Celso d'Alkimim em outra função, não encontra amparo legal. Tal aproveitamento só poderia processar-se através de admissão, mas esta só seria permitida mediante prova pública, na forma do artigo 4.º da Lei n.º 3.483, de 1958, que dispõe:

"Poderão ser preenchidas, por admissão, mediante a prévia habilitação em prova pública realizada pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, as vagas de referência inicial ou única de extranumerário-mensalista de natureza permanente, vedadas as admissões em caráter provisório".

13. Mesmo assim, o interessado só poderia ingressar em outro órgão, em virtude da extinção de cargos e funções nas Estradas incorporadas à Rêde Ferroviária Federal S. A., pela Lei número 3.115, de 1957.

14. Concluindo, entende esta Divisão que a declaração de nulidade dos atos de admissão do Dr. Celso d'Alkimim e dos demais extranumerários-mensalistas a que se refere o processo deve ser feita sem mais tardança, pelas razões acima expostas. Só não estarão obrigados a restituir os vencimentos já percebidos por serviços prestados como servidores *de fato*, mas a responsabilidade dos autores daqueles atos se impõe, na forma dos mencionados dispositivos estatutários.

15. Com êste parecer, o processo poderá retornar ao Departamento de Administração do Ministério da Viação e Obras Públicas.

Em 24 de julho de 1959. — *Valdir dos Santos*, Diretor. — De acôrdo. — Em 27-7-59. — *João Guilherme de Aragão*, Diretor-Geral.