FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — TEORIA DO ÊRRO COMUM

— O funcionário que, por longo tempo, exerceu o cargo sob aparências de regularidade, faz jus à validação da nomeação, com efeito retroativo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* Joaquim Batista da Cruz
Apelação cível n.º 90.549 — Relator: Sr. Desembargador S. QUEIRÓS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 90.549, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, apelante a Fazenda do Estado e apelado Joaquim Batista da Cruz: Acordam, em sessão da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls., como parte integrante dêste, negar, por votação unânime, provimento ao recurso oficial e ao da Fazenda, para confirmar a sentença apelada, porque decidiu a questão com todo o acêrto.

Custas na forma da lei.

Parte a apelante de um pressuposto, que não merece, todavia, ser considerado senão falso, para justificar a revogação da apostila do autor-apelado, referida na inicial. O pressuposto de que êle nunca fôra senão mero servidor de fato do Estado, permanentemente sujeito à demissão *ad nutum*, porque irregularmente nomeado servente da Faculdade de Direito pelo Diretor desta, em 27 de agôsto de 1938, nos têrmos do art. 17, *j*, da Lei n.º 3.023, de 15 de julho de 1937, que dispõe: "São atribuições do Diretor: nomear e dispensar serventes". Entende a apelante que, porque o cargo de servente só oferecia 20 lugares regularmente prefixados, os quais estavam todos ocupados na ocasião em que o apelado obteve sua nomeação, esta não operou efeito algum, havendo-se nulamente realizado. Daí resulta que, quando, quase nove anos depois, 15 de julho de 1947, novo Diretor da Faculdade o designou para exercer funções de servente-diarista, o apelado rea, sob o ponto de vista funcional, alguma coisa equivalente a zero.

Seria mesmo essa a conclusão a que faria chegar a doutrina se as normas que regem a matéria devessem se rí-

gida e desumanamente aplicadas. Realmente, estudando a teoria do êrro comum em relação aos funcionários de fato e aos por êles praticados, diz Temístocles Cavalcânti: "Mas, se podem aproveitar a terceiros êsses atos, não é menos certo que os funcionários de fato não se podem beneficiar com a situação em que se encontram, desde que seja conhecida a ilegalidade de sua investidura" (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, pág. 79).

Mas não encarou o mestre a hipótese da investidura errada do funcionário de boa-fé levada a efeito por autoridade competente. E, nessa hipótese, a mesma teoria do êrro comum tem que aproveitar a tal funcionário, pelos mesmos motivos que fazem legitimar tôda a sua atuação no exercício, ainda que irregular, de suas funções.

Admitida orientação contrária, não muitos funcionários públicos permanecerão em seus empregos ou posições depois de submetido a pente fino o prontuário geral de cada um. Êste, em virtude de certo cochilo no título que o investiu em seu primeiro cargo e lhe serviu de degrau para a escada de uma longa carreira, veria finalmente anulada a aposentadoria que, já velho e doente, conquistou. Pois não há prescrição de direitos e ações da Administração contra seus servidores. Aquêle, só porque foi nomeado pelo primeiro, que se achou afinal nunca ter tido podêres para tanto, o seguirá *ad nutum* na queda e na desgraça, apesar de seus 20 anos de trabalho para o Estado. Um outro, será admitido também ao se provar em dado momento um vício em antigo concurso que o promoveu. E assim por diante.

São inadmissíveis absurdos tais. Em qualquer dos figurados exemplos, sinceramente havido e mantido por sua própria convicção, pela de seus chefes e colegas e pela do público no cargo por êle ocupado, o funcionário irregularmente nomeado fará jus à regularização e validação de sua nomeação, retroativa até a data desta. E a Administração não terá meio de lho recusar.

A nomeação do apelante tem tudo para, como as imaginadas, ser reconhecida como legítima através da teoria do êrro comum — *error communis facit jus* — pois nenhuma lesão grave causou a ninguém, não feriu interêsse sério algum e não resultou de atuação de uma só pessoa, mas sim de uma organização administrativa que a acatou e a fêz longamente viger, sem procurar sequer desfazer o equívoco que a originara. Os trabalhos de servente foram realizados pelo apelado durante 9 anos consecutivos, aceitos pela repartição em que os produzia e pelo público. Após tanto tempo, não podia o Estado, que o conservara no emprêgo sob tôdas as aparências de funcionário regular, passar de certa data para a frente a reputá-lo um mero servidor de fato, demissível *ad nutum*, sem direitos nem garantias. Tinha que regularizar-lhe a situação. Isto, de acôrdo com a lição do mesmo nomeado grande jurista, na citada obra, vol. I, págs. 275/6.

Se lhe falhasse o princípio do *error communis*, ainda assim valeria ao apelado o de que *nemor ex malitia sua lucretur* apresentado no acórdão publicado na *Revista dos Tribunais*, vol 236/476, da lavra do eminente Desembargador Moura Bitencourt, no qual se decidiu caso semelhante ao dos autos. O Estado, que por culpa própria o nomeou irregularmente por intermédio de uma autoridade investida em podêres para tanto, não poderia socorrer-se precisamente disso para demiti-lo, depois de o ver firmado em seu cargo pelo tempo decorrido.

Por outro lado, o Juiz acertou sem dúvida, ao dizer que, quando, em 15 de julho de 1947, designou o apelado para servente-diarista, a Administração não lhe destruiu os noves anos anteriores de exercício de seu cargo. *Possara-os*, para êle na pior hipótese, com os direitos de um funcionário extranumerário, se não cabia no lotado quadro dos efetivos. E não era possível impedi-lo de

gozar até mesmo essa posição, qualquer que se mostrasse o vício administrativo que, independente de culpa sua, lhe houvesse toldado a nomeação.

Isso é o que quer a Justiça, jamais adstrita a tecnicismos vazios de conteúdo verdadeiramente jurídico e moral.

Mas, se o apelado era um extranumerário, já estava, havia quase dez anos a exercer assim suas funções, quando o encontrou o art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal vigente, equiparando-o, portanto, aos funcionários efetivos para o efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias. Reflexão que basta a que se lhe dê ganho de causa.

Honorários advocatícios também lhe são devidos. Injustamente e sem razão escusadora o obrigou o Estado a demandar o que já lhe pertencia.

São Paulo, 12 de maio de 1959. — *Davi Filho*, Presidente com voto. — *S. Queirós*, Relator. — *Juárez Bezerra*.