FUNCIONÁRIOS E EXTRANUMERÁRIOS — ESTABILIDADE — DISPENSA

— A dispensa do extranumerário, sem garantia de estabilidade, prescinde de motivação.

— O Governador do Estado é parte legítima para estar em juízo, em defesa do ato administrativo, impugnado por mandado de segurança.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Impetrante: Durval Bergo

Mandado de segurança nº 90.711 — Relator: Sr. Desembargador R. F. FERRAZ DE SAMPAIO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança nº 90.711, da comarca de São Paulo, em que é impetrante Durval Bergo e impetrado o Exmo. Sr. Governador do Estado: Acordam, em Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, adotado como integrante dêste o relatório de fls., por votação unânime, rejeitadas as preliminares suscitadas, denegar a segurança, pagas as custas na forma da lei.

Rejeitam-se as preliminares. A primeira, sôbre extinção do direito de impetração da segurança, porque o ato impugnado, atribuído ao Sr. Governador do Estado, foi publicado no "Diário Oficial", no dia 7 de maio dêste ano, tendo o pedido dado entrada no protocolo no dia 2 de setembro seguinte. Dentro, pois, dos 120 dias legais; a segunda, sôbre a inépcia da inicial, por não declarar o valor da causa, porque, a falta de declaração do valor da causa, na espécie, constitui, quando muito, mera irregularidade, uma vez que tal formalidade é exigida para efeito de estabelecer alçada; tratando-se, porém, de mandado de segurança impetrado contra o Sr. Governador, a competência, em qualquer hipótese, para o respectivo julgamento pertence sempre ao Tribunal de Justiça, segundo se deduz do art. 7º, nº V, "b", da lei nº 1.162, de 31 de julho de 1951; a terceira preliminar sôbre a ilegitimidade de parte do Sr. Governador para responder aos têrmos do mandado de segurança, porque, segundo expressões textuais do art. 22 do decreto nº 27.301, de 22 de janeiro de 1957, "a dispensa dos contratados e mensalistas dependerá de autorização do Governador, mas o ato será do Secretário de Estado, ou dirigente do órgão diretamente subordinado ao Governador" (lei nº 1.309, de 29 de novembro de 1951, art. 17). Colhe-se daí que a dispensa não é ato exclusivo do Secretário, mas também do Sr. Governador, dêle principalmente, por an-

tecipar na determinação a seu auxiliar, a quem teria dado instruções para sua expedição; a quarta, finalmente, sôbre a impropriedade do mandado de segurança como via adequada para, por meio dêle, discutir-se o direito do impetrante, porque essa preliminar envolve o mérito do pedido, e seu exame obriga a abordar a questão da discricionalidade do ato, sua legitimidade, ou não, para, nessa última hipótese, indagar-se da necessidade de prova de sua injustiça, o que só poderá obter-se em processo próprio a ser devidamente instaurado.

No mérito, denega-se a segurança. O impetrante insurge-se contra o ato do Sr. Secretário da Saúde e Assistência Social, aprovado pelo Sr. Governador do Estado e publicado no "Diário Oficial", de 7 de maio de 1958, que o dispensou das funções de médico extranumerário-mensalista do Departamento de Saúde, Divisão do Serviço do Interior, com sede no Centro de Saúde de Moji-Mirim. Indicou, como motivo da dispensa, perseguição política do Sr. Governador do Estado, por ter recebido, quando Prefeito Municipal de Santo Antônio de Posse, o Sr. Adhemar Pereira de Barros, Prefeito da Capital, então em propaganda de sua candidatura à governança do Estado de São Paulo. Sem embargo de exercer cargo de funcionário mensalista-extranumerário, entende o impetrante que a sua dispensa só poderia dar-se se ficasse provada, em processo regular, a justiça do ato, pois, por "critério da Administração" não se deve supor a vontade discricionária e ditatorial dos governantes.

Falece, porém, razão ao impetrante. De conformidade com os princípios tradicionais de Direito Administrativo, os funcionários são divididos em três categorias: vitalícios, estáveis e demissíveis "ad nutum". O funcionário estável é conservado enquanto bem servir e existir o seu cargo. Nisso se distingue do vitalício, que tem direito ao cargo de qualquer maneira, conservando as vantagens respectivas no caso de extinção. Tal a distinção estabelecida pelo Prof. Mário Mazagão, quando deputado à Assembléia Constituinte, que elaborou a Constituição vigente. Para Pontes de Miranda, os funcionários são classificados em quatro grupos: vitalícios estáveis, nomeados por concurso, com mais de dois anos, estáveis, nomeados sem concurso, com mais de cinco anos e os de livre nomeação e demissão, que ocupam cargos de confiança.

Enquanto o Prof. Mazagão reuniu todos os funcionários estáveis em uma forma genérica, Pontes de Miranda os subdividiu em duas espécies distintas, considerando dois fatôres: existência de concurso e o prazo de efetivo exercício. Fora, portanto, da categoria de funcionários vitalícios e estáveis, existe uma última classe — a dos funcionários de livre nomeação e demissão, que ocupam cargo de confiança. Essa categoria, na doutrina e na lei, recebe a designação de funcionários demissíveis "ad nutum".

A demissibilidade "ad nutum", consoante os ensinamentos de Antão de Morais e Francisco Campos, não depende da declaração de motivo, consistindo nisso a diferença entre essa forma de demissão e a que se verifica quando o funcionário goza de garantia de estabilidade em que o motivo é de rigor declarado. No primeiro caso, se opera o arbítrio do govêrno, sem necessidade de especificar a causa, o motivo, o fundamento; no segundo caso, há necessidade de uma causa para que se dê a demissão, não estando o funcionário submetido ao nuto do govêrno, ao seu arbítrio e discrição.

Dados êsses princípios, e considerando a situação jurídica do impetrante, de extranumerário-mensalista, e, pois, sem garantia de estabilidade, sua dispensa prescinde de motivação. Sòmente no caso de gozar o extranumerário de estabilidade, o que pode ocorrer em casos especiais, a dispensa exigirá, por parte da Administração, a respectiva justificação, aliás — é preciso que se frise — quando decorrer de motivo disciplinar (decreto nº 27.301, art. 39, § 2º). Admitidos a título precário, a sua permanência no cargo, como observa Themístocles Cavalcanti, depende da vontade do Estado, pois "a regra legal é a demissibilidade "ad nutum" ("Constituição Federal Comentada", vol. IV, pág. 161)". Os seus direitos e vantagens são decorrentes da lei, que, como assinalou a douta Procuradoria-Geral da Justiça, em nenhum dispositivo lhes

assegurou estabilidade, ou condicionou a sua dispensa a qualquer formalidade.

Ora, o impetrante, sem outra qualidade, senão a de extranumerário, não pode pretender direito que a lei não lhe concede, podendo sua dispensa se dar por ato simplesmente voluntário, ou discricionário, da Administração.

Em face de tais fundamentos, denega-se a segurança impetrada.

São Paulo, 29 de dezembro de 1958 — *Frederico Roberto,* presidente. — R. *F. Ferraz de Sampaio,* relator — *Vieira Neto — Cantidiano de Almeida — Prado Fraga.*