## *FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ESTABILIDADE — EFETIVAÇÃO*

*— A estabilidade é uma atribuição pessoal do funcionário que não se comunica ao cargo; a efetividade é um atributo do cargo que diz respeito à sua forma de provimento.*

*— Cargo efetivo é aquêle cujo titular não é demissível* ad nutum.

*— A estabilidade consiste na restrição imposta ao Poder Público no caso de decretação de perda do cargo.*

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Prefeitura Municipal de Nova Granada *versus* José Catanossa
Agravo de petição n.º 37.170 — Relator: Sr. Desembargador
HERÁCLIDES BATALHA DE CAMARGO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos do agravo de petição n.º 37.170, de Nova Granada, em que é recorrente o Juízo de ofício, agravante a Prefeitura Municipal e agravado José Catanossa: Acordam, em sessão da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Alçada, por votação unânime, em negar provimento aos recursos, mantida a sentença por seus fundamentos.

Custas como de direito.

O agravado, funcionário público municipal, ingressou no serviço da Prefeitura de Nova Granada em janeiro de 1955, na qualidade de motorista. Em agôsto de 1955 foi efetivado no cargo e em janeiro de 1957 provido no de escriturário-lançador, em que se conservava quando foi exonerado.

Em serviço público contínuo, pois o agravado tinha mais de cinco anos de exercício e mais de dois anos no do cargo de que foi exonerado por simples ato.

A situação de estabilidade do agravado derivava da própria Lei municipal n.º 44, art. 412, que dipõe: "É assegurada a estabilidade ao funcionário que contar mais

de dois anos de exercício", acrescentando o dispositivo seguinte que "sòmente poderá ser demitido em virtude de sentença judicial".

Alega-se que o agravado não poderia adquirir a estabilidade que lhe concedeu a segurança, porque foi nomeado para cargo de carreira, em caráter efetivo, sem que tenha prestado concurso de habilitação.

Às considerações da sentença a respeito, acrescente-se que, consoante o ensinamento de Pontes de Miranda, o decurso do prazo resulta na equiparação de situação com o funcionário que foi nomeado em virtude de concurso (*Comentários à Constituição de* 1946, 1.ª ed., vol. IV, pág. 163).

A decisão de primeira instância analisou longa e adequadamente a legislação municipal, para conceder a segurança, merecendo, pois, confirmada por seus fundamentos.

São Paulo, 11 de agôsto de 1960. — *Lafayette Sales Júnior,* Presidente com voto. — *Heráclides Batalha de Camargo,* Relator. — *Flávio Tôrres.*

DECISÃO AGRAVADA

*Omissis.*

IV — O impetrante estriba o seu pedido em dois dispositivos constitucionais. O primeiro reza: "São estáveis": II — "depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso" (Constituição federal).

O segundo dispõe: "É assegurada a estabilidade ao funcionário que contar mais de dois anos de exercício" (Constituição estadual, art. 88).

Os interessados não enfrentaram, de certo modo, essa questão constitucional, antes, a ladearam, de acôrdo com as suas conveniências, pois o Prefeito alegou que, as leis invocadas conferiram-lhe podêres para fazer a exoneração em questão, ao passo que, o impetrante disse que essas mesmas leis lhe dão garantia ao cargo.

Antes de tudo, mister se faz fixar-se o conceito de estabilidade e de efetividade, para depois então verificar se a exoneração está ou não, dentro dêsse princípio constitucional.

Segundo o conceito genérico, a estabilidade é na sua essência uma atribuição pessoal do funcionário, que não se comunica ao cargo, enquanto que a efetividade é apenas um atributo do cargo, que diz respeito à sua forma de provimento. Portanto, cargo efetivo é aquêle cujo titular, não é demissível *ad nutum.*

A estabilidade consiste na restrição imposta ao poder público no caso de decretação de perda de cargo.

A Constituição federal, no seu art. 188, diz como o funcionário efetivo se torna estável pelo decurso do tempo, excetuando os que se encontrem em cargos de confiança ou que a lei declara de livre nomeação e demissão.

Preceitua o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, em seu art. 530, § 2.º: "a estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo, ressalvando-se à Administração o direito de aproveitar o funcionário em outro cargo, de acôrdo com as suas aptidões".

Os direitos e garantias em sentido geral, acham-se definidos na Constituição da República sob a epígrafe — Dos funcionários públicos — fixando-se, aí, os princípios normativos para o exercício da função pública.

Operada a estabilidade, incorpora-se o agente ao serviço a que está vinculado jurìdicamente.

Inspirou-se também nesse princípio a Lei n.º 1.309, de 21 de janeiro de 1951, arts. 19 e segs., do extranumerário, consolidada pelo Decreto n.º 27.301, de 22 de janeiro de 1957 e modificada pela Lei n.º 5.070, de 26 dezembro de 1958, que

dispõe sôbre a garantia dos extranumerários que tivessem mais de dois anos de exercício na época da promulgação da lei em aprêço.

Assim, se o funcionário adquiriu estabilidade permanece titular dela, não importando em que cargo se encontra legalmente investido em caráter efetivo, e nenhuma situação de prejuízo patrimonial pode lhe ser imposta.

E quando então perderá o cargo?

Só poderá perdê-lo, dispõe o art. 83 do Estatuto dos Funcionários da União (Lei n.º 1.711 de 28 de outubro de 1952):

"1.º Quando vitalício, sòmente em virtude de sentença judicial;

2.º Quando estável, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de ser demitido mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa".

A demissão, legal, pois, não sendo a pedido, sòmente poderá ser *ex officio*, quando se tratar de cargo em comissão ou quando não satisfeitas as condições do estágio probatório. É o que dispõe claramente o art. 74, n.º I, combinado com o art. 75, n.ºs I e II, *a* e *b*, daquele Estatuto.

A Constituição federal, no seu art. 188 estatui a estabilidade depois de dois anos de exercício para os funcionários efetivos nomeados por concurso e, depois de cinco anos, para os nomeados sem concurso.

A circunstância de passar o funcionário, que já adquiriu essa estabilidade, a exercer outro cargo da mesma entidade de direito público, evidencia que essa estabilidade é no serviço e não no cargo.

É claro que, diante dessa hipótese, não pode haver quebra de continuidade de exercício da função pública. E, portanto, não se pode admitir que a estabilidade já adquirida, pelo decurso de tempo, desapareça na situação jurídica sobrevinda.

Aliás, mesmo que o período total de tempo de serviço necessário à aquisição da estabilidade não se tivesse completado no caso anterior, seria computado, para consecução dessa mesma estabilidade, o período que o funcionário passa a exercer no outro cargo, dessa mesma entidade, desde que o tempo não seja descontínuo.

Assim, dois são os requisitos substanciais exigidos:

*a*) que a pessoa de direito público seja a mesma;

*b*) que o tempo funcional não apresente aspecto de descontnuidade de serviço.

De outra maneira, não se compreende que se pudesse desprezar a estabilidade adquirida no decurso do tempo, do titular de um cargo que passasse para outro, em continuação ao exercício daquele, nos têrmos da Constituição. E, é evidente êste entendimento, pois a expressão efetivo exercício, contida na disposição constitucional indica por si, a permanência e a continuidade da prestação do serviço, no decurso de cinco anos e um dia.

Entendimento contrário poderia levar a uma situação de absurdo. Como na hipótese; funcionário estável nomeado para outro cargo. O cargo anterior é provido por outro. Ao ocupar o segundo cargo, não levou a estabilidade. E uma vez exonerado ficará numa posição de que não cogitam os textos legais, não podendo ficar nem em disponibilidade.

Assim, não há nenhuma incompatibilidade entre a efetivação e a estabilidade, pelo contrário, ajustam-se entre si, e isso decorre da lei, pois, não só no Estatuto federal vigente, como na Constituição, o princípio sôbre a estabilidade, é o mesmo, isto é, no serviço público e não no cargo.

A Constituição estadual abraçou a mesma regra, dispondo no art. 88, que o funcionário se torna estável, desde que conte mais de dois anos de exercício.

V — Trata-se, na espécie, de funcionário que, ao ser exonerado do cargo para o qual fôra "promovido" em caráter efetivo (fls.), já contava mais de cinco anos de serviço, embora exercesse na mesma entidade pública, várias funções e o decreto exonerativo o atingiu quando completava cinco anos, um mês e quatro dias (fls.).

De acôrdo com o preceito constitucional, o impetrante, em 1.º de janeiro de 1960, tornava-se funcionário estável. E êsse período após o qual o funcionário adquire estabilidade, é instituído no interêsse da Administração pública, para durante êle, apurar-se a conveniência ou não da confirmação do nomeado, no serviço público, mediante a verificação dos seguintes requisitos:

*a*) idoneidade moral;

*b*) aptidão;

*c*) disciplina;

*d*) assiduidade;

*e*) dedicação ao serviço;

*f*) eficiência.

Por essa forma se faz a verificação do que se chama a capacidade administrativa do exercício de funções públicas.

Ensina Marcelo Caetano (*Manual do Direito Administrativo*, ed. de 1951, págs. 454/55), que "a admissão nos quadros dos serviços administrativos na qualidade de funcionário só é permitida pela lei às pessoas que reúnam certas condições de idoneidade para o exercício dos podêres e para o desempenho dos deveres que essa qualidade implica. Isto é, só podem ser investidos no estado de funcionários os indivíduos que reúnam os requisitos exigidos por lei para serem considerados administrativamente capazes. Há, assim, uma capacidade administrativa para o desempenho de funções públicas, que se define pela posse de requisitos gerais para todos os cargos, mais os requisitos especiais que porventura sejam exigidos para cada cargo".

De sorte que, a capacidade administrativa de exercício de funções públicas, pode ser apurada no correr do tempo que o funcionário tem para adquirir a estabilidade, ou então durante o estágio probatório. Por conseqüência, esta capacidade é averiguada nos quadros dos serviços administrativos para o serviço público e não para um determinado cargo.

Por aí se vê que, decorrido o lapso de tempo que é estabelecido para se aquilatar da capacidade de exercício de funções públicas, o funcionário se torna estável, e por isso, a estabilidade diz respeito ao serviço público, e não ao cargo.

Aliás, essa é a inteligência dos arts. 188 e 189 da Constituição federal.

O preceituado no n.º I do art. 188, cuida da precisamente, da estabilidade e não faz restrições que nêle se quer ver. Dispõe, com efeito: São estáveis: II, "depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso".

Nenhuma referência, como se nota, faz ao cargo.

Êsse período de tempo é relativo ao exercício no serviço público e se conta a partir do dia em que o funcionário ingressou no serviço da mesma entidade pública.

O art. 189, por sua vez, cuida da perda de "cargo", e completa o entendimento, dispondo que os funcionários públicos o perdem "quando estáveis", sòmente em virtude de sentença judiciária; e no caso de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.

Afastada fica, portanto, a possibilidade de exoneração a critério do Govêrno, por ato de livre discricionalismo. E, quando se permite a discricionalidade, ela não é absoluta, sofrendo no Estado de direito,

limitações. Conseqüentemente, a Administração está submissa à lei, o que caracteriza o direito público dos particulares (Marcelo Caetano, *ob. cit.*, n.º 12, pág. 170).

O poder discricionário só pode ser usado no sentido de interêsse público, sem qualquer absolutismo não sendo lícito a pretexto dêsse interêsse, ferir direitos e garantias individuais assegurados pela Carta Magna, além de outros "decorrentes do regime e dos princípios que ela adota" (art. 144, *a* da Constituição federal).

"A Administração — preleciona Marcelo Caetano — tem de estar submissa à lei, e os particulares, de sua parte, têm o direito à legalidade administrativa."

VI — Essa exoneração no entender do Prefeito foi ilegal? Não. Pois a exigência de concurso para ingresso em cargo de carreira é, assim, uma regra constitucional, mas à lei ordinária deixou-se larga discrição sôbre o assunto, como diz C. Medeiros Silva (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 33, pág. 11).

É bem verdade que a Lei n.º 68, de 1.º de julho de 1955 (fls.), dispõe que o cargo do impetrante era de carreira e por isso, o Prefeito anterior não o poderia ter nomeado como funcionário efetivo. Mas acontece que ele anteriormente exercia o cargo de motorista, e conforme dispõe o art. 411 da Lei n. 44, de 2 de dezembro de 1952 (fls.), a primeira nomeação para o cargo de carreira não exigia qualquer outra formalidade senão o próprio decreto nomeativo elaborado pelo Poder Executivo. E, pelo Decreto n.º 35/36 (fls.), o impetrante foi "promovido" para o cargo de escriturário-lançador em obediência ao preceituado na Lei n.º 68, art. 2.º, fls. 36, e não simplesmente nomeado.

Conseqüentemente, não se pode falar na inexistência do decreto nomeativo, por defeito de formalidades constitucionais que não foram observadas, pois, o próprio Código Municipal, de Nova Granada, autorizou o ato administrativo da nomeação. Assim, o requisito da prova de habilitação previsto pelo art. 409 do aludido Código Municipal não foi violado.

Ademais, a exigência da prova de habilitação não pode embaraçar a estabilidade, em face do que dispõe o texto constitucional já comentado, que não exige outra formalidade, senão o decurso do tempo. E, mesmo a título de mera argumentação, pode-se dizer que se não houve prova de habilitação, êsse defeito se operou por exclusiva responsabilidade da própria administração.

Aliás, desde o tempo em que se inaugurou o Município de Nova Granada, nunca se realizou qualquer concurso para o preenchimento de algum cargo público vago. Por isso, admitindo as alegações constantes de fls., todos os funcionários da municipalidade embora tenham estabilidade, estarão sujeitos à exoneração por não terem se submetido a concurso, mesmo os que já estão aposentados, com exceção dos que foram beneficiados pelo art. 23 das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição federal.

Êsse raciocínio viria prejudicar os funcionários que gastaram sua mocidade trabalhando na administração pública, ganhando vencimentos reduzidos e de uma hora para outra se veriam demitidos sem qualquer alternativa, restando-lhes, apenas, admirar sua prole numerosa, embora tivessem qualidades meritórias.

Êsse livre arbítrio da administração, entretanto, sofreu, no decorrer do tempo, sensíveis alterações em face da lei e da jurisprudência que limitaram êsse poder.

Não tem, por isso, consistência jurídica, a afirmação em contrário, do Dr. Prefeito, que se faz na informação de fls., que exonerou o impetrante embora tivesse qualidades meritórias (fls.). Pois, sendo o autor estável (art. 412 do Código Municipal, art. 188, n.º II, da Constituição federal e 88 da Constituição paulista), não poderia ser exonerado independente

de sentença judicial ou de processo administrativo (art. 89 da Constituição estadual).

Apurado que a exoneração não foi precedida das formalidades legais indispensáveis, forçoso reconhecer que o impetrante tem direito à reintegração e à percepção das vantagens pecuniárias de que se viu privado, em conseqüência do decreto exonerativo que não pode subsistir.

Em face do exposto e mais que dos autos consta, concedo a segurança contra a Municipalidade de Nova Granada, para o fim de anular o ato n.º 6/60 e reintegrar José Catanossa, no cargo do qual foi irregularmente exonerado e a pagar os vencimentos que o impetrante deixou de perceber a partir da data de sua exoneração.

Custas pela ré em proporção, pois, no caso, não cabem honorários de advogado, conforme já decidiu o egrégio Tribunal de Alçada no venerando acórdão inserto na *Revista dos Tribunais*, vol. 219/468.

Recorro de ofício ao egrégio Tribunal de Alçada, nos têrmos da Lei n.º 1.533, combinada com os artigos do Código de Processo Civil.

Publique-se e intime-se.

Nova Granada, 7 de maio de 1960. — *Otávio Egídio Roggiero.*