FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO — POSSE — ANULAÇÃO

— Antes de entrar em exercício, pode a nomeação do funcionário ser anulada.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Antônio Mendes Cordeiro e outros e Fazenda do Estado *versus* os mesmos e Acy Vicente de Araújo
Apelação cível n.º 182.585 — Relator: Sr. Ministro ENNIO DE BARROS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 182.585, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo apelantes Antônio Mendes Cordeiro e outros e a Fazenda do Estado de São Paulo, e apelados Antônio Mendes Cordeiro e outros, a Fazenda do Estado de São Paulo e Orcy Vicente de Araújo: Acordam, em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negar provimento a todos os recursos.

Insistiram os autores no agasalho da pretensão formulada, até mesmo em têrmos defesos, aditando o pedido.

Ilustraram o alentado trabalho dos seus advogados, com o parecer de fôlhas, do insigne jurista Vicente Rao.

Parecer, sem dúvida, notável, vindo de professor emérito, todavia, sem o necessário para o convencimento objetivado.

Ademais, em têrmos mais simples, rigorosamente objetivos, a situação dos autores face à Administração, não ressalta qualquer complexidade.

Foram êles nomeados, segundo atos publicados em 2/6/196, para exercer em estágio probatório cargos diversos, criados pela Lei n.º 9.362, de 31/5/1966.

Salvo um dêles, o de nome Orcy Vicente de Araújo, não tomaram posse, porque o Decreto n.º 47.431, de 27/12/66, determinou o respectivo sobrestamento.

O que disse o decreto?

No seu art. 1.º: "Ficam declarados sem efeito todos os atos de nomeação e admissão para o serviço público estadual... cujos interessados não tomaram posse dos cargos ou não assumiram o exercício das funções."

Teria exorbidado a Administração ou o ato da nomeação gerado algum direito subjetivo para os autores?

Sem que se faça todo o histórico do decreto e sem que se indague sôbre seu lastro no Ato Complementar n.º 15, de julho de 1966, indagações despiciendas, responde-se negativamente.

Em qualquer situação, resultante ou não de atos complementares, em nosso regime, em nosso sistema, sempre foi dado à Administração o direito de revogar os atos de nomeação.

Do mesmo modo que pode nomear, pode também a Administração, por ato unilateral, revogar seu próprio ato, ou no dizer de Cretella Júnior (*Tratado de Direito Administrativo*, 1.ª ed., volume IV, p. 391), "o desfazimento do vínculo *juris* pode ter como causa direta a decisão unilateral da Administração Pública, estando nesse caso os conhecidos institutos da revogação do ato de nomeação e o da demissão".

E o fundamento da existência dêsses institutos reside no conhecido axioma da ciência da administração que salienta a prevalência do interêsse público sôbre o interêsse particular.

A irrevogabilidade repousaria, tão-só, na circunstância de ferir direitos, o que não acontece, como adiante irá demonstrado.

Evercitando, portanto, a Administração legítimo direito, jamais poderia ser cogitado o afirmado direito dos autores à posse, pois o dito direito repousaria em pressuposto inexistente.

Salvo o que está nas *Súmulas* n.os 15 e 16, e que traz como sucedâneo o concurso, nada mais restaria aos autores, uma vez que a própria *Súmula* n.º 17, bem elucida que "a nomeação de funcionário sem concurso pode ser desfeita antes da posse", correspondendo à jurisprudência dominante no Excelso Pretório, também, neste eg. Tribunal de Justiça, como se verifica, dentre outros, nos acórdãos no recurso extraordinário n.º 51.221 (*R. D. A.* volume 74/147), relatado pelo Min. Cândido Motta, e no agravo de petição número 161.743, da Sexta Câmara, relatado pelo Des. Dimas de Almeida; idem no mandado de segurança n.º 160.596 (*Revista de Jurisprudência*, vol. I, páginas 172-3); idem, no mandado de segurança n.º 162.135, *in Repertório*, vol. III, p. 253.

Não cogitada, também, a precedente situação de cada um dêles, exercitando funções, tanto que nomeados para cargos isolados, de livre provimento, sem qualquer vínculo, sem qualquer relacionamento com os requisitos para a primeira investidura.

Assim procedendo a Administração, resguardou princípio tradicionalíssimo, o de que a posse não diz com a investidura em cargo público; ela, posse, é, sim, o complemento da investidura.

A posse "é *condictio juris* da função pública"; por ela, nos diz Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, ed. 1966, p. 366), "se deferem ao funcionário ou ao agente político

as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo ou do mandato; antes da posse não há provimento de cargo, nem pode haver exercício de função pública; é a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como também gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos.

Com o festejado autor, Cretella Júnior, já mencionado, ob. cit., p. 284, Brandão Cavalcanti (*Tratado de Direito Administrativo*, ed. 1961, vol. IV, p. 191.

Em conseqüência, o único reparo à R. decisão poderia dizer com o agasalho que deu ao pedido de Orcy Vicente de Araújo, por haver o mesmo tomado posse.

E assim, porque, o inquinado Decreto n.º 47.431, de 1966, não estabeleceu pressuposto alternativo, em têrmos absolutos — posse ou exercício.

Ao contrário, a alternatividade, segundo sua origem, cogitou de duas situações: a) daqueles que não tomaram posse; b) daqueles que tomaram osse e não assumiram o exercício.

O autor Orcy, porém, não se enquadra em qualquer delas, porque tomou posse e já estava em exercício, êste continuando sem qualquer interrupção.

E o que o Decreto n.º 47.431, de 1966, invalidou, foram as nomeações daqueles que tomaram posse e não entraram em exercício, ainda uma vez não ferindo a qualquer direito.

Nos socorros, em têrmos de argumentação, o lúcido pronunciamento de Hely Lopes Meirelles (ob. cit., p. 366), no dizer que "em qualquer hipótese o provimento do cargo só se completa com o ato final do exercício coincide com a posse; até então pode-se invalidar a nomeação ou a eleição, sem ofensa a direitos subjetivos do pretendente do cargo ou mandato, porque sendo o provimento um ato complexo, só se torna perfeito e apto a gerar direitos e obrigações ao término do seu ciclo de formação".

Finalmente, não socorre aos autores o enfoque de fls., com a juntada de documentos, dando notícia da função de alguns em cargos não providos.

Mantiveram êles as primitivas funções, revelando tais designações, antes de tudo, a burla por parte do Estado, o ladeamento às expressas disposições dos atos complementares, deixando de realizar, como lhe cabia e cabe, os necessários concursos para os respectivos provimentos.

Insatisfeitos os autores, apegando-se ao que lhes pareceu possível, ainda levantaram o que classificaram "como importante aspecto até o presente inédito nestes autos; a estabilidade que beneficiou aos apelantes com a promulgação da Constituição de 1967".

É justo porque inédito, extrapedido, é que não se faz válida a articulação, surpreendendo a parte contrária, modificando o libelo, carente de maior comprovação.

Em todo o caso, o art. 177, § 2.º, da Constituição, não sustentaria a pretensão; a estabilidade não diz com o cargo e sim com o serviço público, de qualquer modo, no cargo não contrariam os autores com os necessários pressupostos.

Das razões expostas, nega-se provimento aos recursos. Custas como de lei.

São Paulo, 31 de outubro de 1969. — *Médici Filho*, Presidente com voto. — *Ênnio de Barros*, Relator. — Participou do julgamento, como voto vencedor, o Des. Ferreira de Oliveira.