FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ESTABILIDADE

— Interpretação do art. 177 § 2.º da Constituição de 1967.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Sergio Carneiro de Oliveira e outros *versus* Governador do Estado
Mandado de segurança n.º 192.197 — Relator: Sr. Juiz
GOULART SOBRINHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança número 129.197, da comarca de São Paulo, em que são impetrantes Sérgio Carneiro de Oliveira e outros e impetrado o Governador do Estado de São Paulo, acordam, em sessão plenária do Tribunal de Justiça, rejeitar a primeira preliminar, contra os votos dos Desembargadores Torres de Carvalho, Cunha Camargo, Sousa Lima, Ferreira de Oliveira, Cavalcanti Silva e Lafayette Salles Júnior, bem como a segunda, contra os votos dos Des. Costa Manso e Sousa Lima; no mérito, denegar a segurança, contra os votos dos Desembargadores Costa Manso e Alcides Faro, que a concediam.

Custas na forma da lei.

1. Sérgio Carneiro de Oliveira e outros alegam que, como contratados para aulas excedentes nos ginásios, colégios e institutos oficiais do estado, tornaram-se estáveis, por força do disposto no art. 177, § 2.º, da Constituição Federal e, com o advento da Constituição estadual, do mesmo ano, foram integrados no funcionalismo, com direito à nomeação para os respectivos cargos, nos termos do art. 9.º, §§ 1.º e 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cargos esses tarde criados pela Lei n.º 10.118, de 1968.

Todavia, ao invés de respeitar, o Governador do Estado violou "os direitos que lhes foram assegurados constitucionalmente", editando o Decreto-lei n.º 249, de 1970, e regulamentando-o pelo Decreto n.º 52.477, em evidente afronta ao princípio da igualdade perante a lei, visto ter tratado discriminatoriamente uma mesma classe de funcionários, numa demonstração inequívoca de contraposição não só ao preceito do art. 92, n.º V, da vigente Constituição estadual, mas, também, ao Decreto-lei complementar n.º 11, de 1970, que estabeleceu paridade de vencimentos e vantagens entre os funcionários dos três poderes. Como se não bastasse, ainda infringiu o § 4.º do art. 153, da Carta Magna, proibindo os funcionários de se valerem do Poder Judiciário, quando prejudicados em seus direitos.

Diante disso, contra esses atos dele emanados, impetram segurança, objetivando, com a declaração de inconstitucionalidade do citado Decreto-lei número 249, de 1970, notadamente do artigo 2.º, bem como do Decreto que o regulamentou (n.º 52.477, art. 3.º e § 1.º do n.º II), a estabilidade "nas

funções de professores", ou melhor, a nomeação para os respectivos cargos.

Negada a liminar pedida, a autoridade apontada como coatora prestou informações argüindo, preliminarmente, a carência da segurança, sob a alegação de que, além da violação da tese da lei ou decreto, antes de sua aplicação, não dar ensejo a medida judicial, no caso *sub judice* existe uma Comissão examinando a situação dos servidores nas mesmas condições dos impetrantes, donde, então, não terem eles até agora sofrido qualquer prejuízo. No mérito, após advertir que se a Constituição Federal deu estabilidade aos servidores públicos, o legislador estadual foi mais generoso, mas limitando expressamente os seus direitos e vantagens à bagagem que possuíam à data em que foram declarados estáveis (art. 9.º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Paulista de 1967). Daí terem os impetrantes, na qualidade de simples professores contratados para aulas excedentes no magistério secundário, passando a gozar de estabilidade no serviço público, porém com os direitos concedidos pelo Decreto-lei n.º 249, de 1970, inquinado de inconstitucional, quais sejam, de retribuição fixa correspondente, ao padrão de professor efetivo, percepção do excesso de 81 horas-aula mensais, inscrição no IAMSP e no IPESP e de não poderem ser demitidos sem processo administrativo, com garantia de defesa, afora a designação de "substituto". O que se não lhes assegurou e não podia fazê-lo, por inconstitucional, foi a invasão da seara de seus colegas que ingressaram no magistério mediante concurso.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça entende ser incabível o *writ* para visar a lei em tese e, no tocante à inconstitucionalidade do Decreto-lei número 249, de 1970, opina pela denegação, da segurança.

É o relatório.

2. Contra a lei em tese, ou decreto, não cabe mandado de segurança. É o que diz a *Súmula* n.º 266, do Excelso Pretório e constitui entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência.

Mas, na espécie em exame, como os impetrantes, que foram favorecidos com a estabilidade, consideram direito seu, líquido e certo, a efetivação nos cargos cuja funções estavam exercendo, por entenderem que o art. 9.º, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Paulista de 1967 e a Lei n.º 10.118, de 1968, assim haviam estabelecido, é evidente que, com o aparecimento do Decreto-lei n.º 249, de 1970 (arts. 2.º e 3.º) e sua regulamentação (Decreto n.º 52.477, art. 3.º), negando aos professores de ensino de grau médio, estáveis nos termos do § 2.º do art. 177, da Constituição Federal de 1967, promoção "para cargos de professor", sem o concurso de provas e títulos, para considerá-los apenas "substitutos" dos docentes, nasceu-lhes o direito à impetração, sob a invocação do prejuízo.

Nessas condições conhece-se da segurança, por maioria de votos, visto os decretos impugnados, como atos administrativos, serem auto-executáveis.

Também não procede a preliminar de ilegitimidade passiva do Sr. Governador para responder pela segurança; pois, embora não seja ele quem determina o apostilamento dos títulos dos servidores públicos estaduais, verdade é que, através do citado Decreto-lei n.º 249, de 1970 (art. 3.º), bem como do Decreto n.º 52.447, de 1970 (art. 3.º, § 1.º) que o regulamentou, fechou à autoridade administrativa subordinada, a possibilidade de autorizar o apostilamento dos títulos dos professores para aulas excedentes nos estabelecimentos de ensino de grau médio, estáveis na conformidade de preceito constitucional, nos respectivos cargos, sem o indispensável concurso de provas e títulos.

3. No mérito, é inegável que os impetrantes, como contratados para aulas excedentes no magistério público secundário do estado, foram beneficiados

com a garantia da estabilidade, *ex vi* do disposto no art. 177, § 2.º, da Constituição Federal então vigente.

Contudo, porque a Constituição estadual, no art. 9.º, do Ato das Disposições Transitórias, esteja assim redigida: "Os servidores dos três Poderes e entidades autárquicas, estáveis à data da promulgação deste Ato, ou que tenham sido admitidos por concurso de provas ou de títulos e provas, ficam integrados no funcionalismo, com os direitos e vantagens que já tenham adquirido por leis anteriores", acham eles que, por essa norma, estão integrados no funcionalismo estadual, com direito à nomeação para os respectivos cargos.

Esse raciocínio, todavia, é falso. O que conseguiram, através do citado preceito constitucional, foi a garantia de estabilidade funcional; pois, como anota José Cretella Júnior, "a estabilidade não confere direito subjetivo ao cargo, mas ao desempenho de função pública" (cf. *Direito Administrativo do Brasil*, 2.ª ed., 1964, vol. 11/315, n.º 126). No mesmo sentido, as lições de Tito Prates da Fonseca, *Direito Administrativo*, ed. 1939, p. 293, n.º 94, e Araújo Castro, *Constituição de 1937*, 2.ª ed., p. 459.

Aliás, vale para o caso em tela esta oportuna observação do eminente Des. Flávio Torres: "Não se confunde efetividade com estabilidade. Aquela se dá no cargo, pelo preenchimento de condições exigidas para o seu provimento, esta se dá no serviço público, de acordo com a pacífica jurisprudência deste Tribunal" (cf. *Revista de Jurisprudência do Tribunal do Estado de São Paulo*, vol. XII/242-3).

Por outro lado, como adverte o ilustre Des. Carmo Pinto, em acórdão no mandado de segurança n.º 183.212, "ao legislador constituinte que não podia ignorar o conceito de estabilidade, não se atribuirá o propósito de uma estabilização no cargo não declarada e que desborda daquele conceito".

Portanto o que os impetrantes adquiriram foi a estabilidade como professores para aulas excedentes no nível secundário e não a efetividade em cargos ocupados por outrem. A se admitir como válida a pretensão, ter-se-ia, como escreve Themístocles Cavalcanti, "de admitir que um cargo fosse ocupado por mais de um titular, e que significa uma aberração no sistema de organização do serviço público (cf. *R.T.J.*, vol. 48/486).

De se notar, nesta altura, que o artigo 9.º, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Paulista de 1967, não tem o alcance que se lhe pretende dar. Sem fugir do preceito da Lei Maior, ele integrou no funcionalismo os estáveis à data de sua promulgação e, não obstante haja falado em ampliação dos quadros dos funcionários do governo, expressamente limitou seus direitos e vantagens ao que já haviam adquirido por leis anteriores à data da estabilidade. Assim sendo, aos quadros dos professores efetivos, os impetrantes só passarão se se submeterem a concurso de ingresso (cf. *R.T.*, vol. 412/131).

Logo nenhuma inconstitucionalidade existe nos arts. 2.º e 3.º do Decreto-lei n.º 249, de 1970, ao disporem que os professores do ensino de grau médio, estáveis nos termos do § 2.º do art. 177 da Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, "ficam sujeitos a designação para substituições docentes, ministração de aulas excedentes, respeitada a preferência do titular, e prestação de serviços correlatos no magistério, em qualquer região ou estabelecimento de ensino médio do estado", e "só poderão ser nomeados para cargo de professor do ensino médio mediante concurso público de títulos e provas". Também o art. 3.º, n.º I, do Decreto n.º 52.477, de 1970, não contrasta com disposições constitucionais ao estabelecer que os professores estáveis, desde que legalmente habilitados para o exercício do magistério, poderão exercer a docência em "substituição", atendida a prioridade do pro-

fessor da Cadeira, porém, "sem impedir o provimento desta por concurso de remoção ou ingresso".

A inconstitucionalidade de uma lei, pelo que se colhe dos autores e da jurisprudência, só deve ser decretada quando ela for evidente, acima de qualquer dúvida e, portanto, quando não houver possibilidade de harmonizá-la com a Carta Magna. E isso não ocorre na hipótese vertente, dada a perfeita harmonia entre os dispositivos tachados de inconstitucionais e os preceitos dos arts. 95, § 1.º, da Constituição Federal de 1967, e 97, § 1.º, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil, reproduzidos no artigo 92, n.º I, da Constituição do Estado de 30.10.1969.

Não é só. A referência feita à Lei n.º 10.118, de 1968, não serve de suporte à impetração, porque ela não atingiu os professores admitidos para aulas excedentes do ensino médio oficial do estado que, por sujeitos a legislação específica, tiveram sua situação definida pelos decretos, acoimados de inconstitucionais, que foram editados em consonância com o art. 24 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Estadual", *verbis*: "São estáveis os professores contratados do ensino de grau médio que, em 24.1.1967, tinham, no mínimo, cinco anos de exercício no serviço público, e serão readmitidos, com a estabilidade que lhes assegurou o § 2.º do art. 177 da Constituição do Brasil, os que foram dispensados após aquela data".

De se notar, ademais, que ao lado da retribuição fixa correspondente ao padrão do professor efetivo do ensino médio — ref. 20 — com o direito ao excedente de 81 horas-aula mensais, terão a regalia de inscrição no IAMSP e IPESP e poderão somente ser dispensados mediante processo administrativo, com o asseguramento de ampla defesa. Destarte, *in casu*, não foi ferido o princípio consagrado no artigo 92, n.º V, da atual Constituição Paulista. A única coisa que os impetrantes não alcançaram do Governo do Estado foi a nomeação para os cargos de professores, e isto por impedimento constitucional.

Por todo o exposto, a denegação da segurança se impõe. É o que fica decidido.

São Paulo, 24 de março de 1971. Cantidiano de Almeida, Presidente. Goulart Sobrinho, Relator. Costa Manso, vencido, com a seguinte declaração de voto: 1. Os impetrantes eram simplesmente contratados para ministrar aulas excedentes em ginásios, colégios e outros institutos oficiais do estado.

E já contavam mais de cinco anos no exercício dessas funções, quando sobreveio a Constituição de 24.1.1967, cujo art. 177, § 2.º, no Título das Disposições Gerais e Transitórias, concedeu estabilidade a todos os servidores, da União, dos estados ou dos municípios, que tivessem aquele tempo de serviço.

A Constituição do Estado, por sua vez, promulgada logo depois, em 1 de maio de 1967, baseando-se na estabilidade garantida pela Carta Magna da República, ordenou que os respectivos beneficiários fossem integrados no funcionalismo, mediante a criação dos cargos necessários.

Esse ordenamento da Constituição do Estado, a final se concretizou pela Lei n.º 10.118, de 20.5.1968, que transformou em cargos, as funções desempenhadas pelos servidores estabilizados em virtude da norma constitucional.

Entretanto, mais tarde, o Decreto-lei n.º 249, de 29.5.1970, regulamentado pelo Decreto n.º 52.477, de 29 de junho do mesmo ano, restringiu os direitos dos professores secundários efetivados, com a estabilidade constitucional, nos cargos decorrentes das respectivas funções, nos termos do que já dispusera a Lei n.º 10.118.

Daí a impetração deste mandado de segurança preventivo, em que os interessados, argüindo a inconstitucionalidade do Decreto-lei n.º 249, com a exceção de seu art. 1.º, bem como do

Decreto regulamentar n.º 52.477, pretendem o reconhecimento judicial de que eles fazem jus "ao enquadramento nos cargos de professores secundários", da Tabela II, Parte Permanente, do respectivo Quadro, com todos os direitos e vantagens, em pé de igualdade com os atuais professores efetivos (v. fls. da inicial).

2. O Governador do Estado prestou informações, nas quais suscitou a preliminar de inadmissibilidade do mandado de segurança impetrado com o objetivo de se impugnar a lei em tese, antes de qualquer ato de sua aplicação a determinada hipótese ou caso concreto.

E a Procuradoria-Geral secundou as informações, opinando pelo acolhimento da preliminar ou pela denegação do pedido quanto ao mérito.

3. Foi rejeitada também com meu voto a preliminar acima referida, porque se entendeu que o mandado de segurança não tem por objetivo a impugnação da lei em tese.

Em verdade, o que os interessados pretendem é o reconhecimento judicial de que fazem jus "ao enquadramento nos cargos de professores secundários", da Tabela II, da Parte Permanente do respectivo Quadro, com todos os direitos e vantagens, em pé de igualdade com os atuais professores efetivos, reconhecimento que se proclamaria através da prévia declaração de inconstitucionalidade do Decreto-lei n.º 249, com exceção de seu art. 1.º e do Decreto regulamentar n.º 52.477.

Posta a questão nesses termos, transparece, no caso, o interesse concreto, na iminência de ser indeferido pela Administração Pública, com apoio nos dispositivos legais e regulamentares acoimados de inconstitucionalidade. Aliás, na petição do mandado de segurança, os impetrantes, no capítulo denominado "resenha dos fatos", respectivo n.º 6, aludiram expressamente à violação e ameaça de violação a seus direitos.

O mandado de segurança, pois, é de natureza preventiva, medida garantidora do direito ameaçado, prefeitamente admissível (Lei n.º 1.533, art. 1.º, onde se estabelece a concessão do mandado de segurança "sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade").

4. Se, contudo, os interessados têm direito de recorrer ao mandado de segurança preventivo, com o objetivo de obter o reconhecimento de uma situação jurídica absolutamente concreta, mediante a prévia declaração de inconstitucionalidade do Decreto-lei número 249 e de seu regulamento — carecem de ação contra o Governador do Estado.

O Chefe do Poder Executivo Estadual limitou-se a promulgar os dispositivos legais e regulamentares impugnados.

Segundo o Decreto-lei n.º 249, os títulos dos servidores nele abrangidos seriam apostilados "pelo Secretário de Estado dos Negócios da Educação, ou autoridade de ensino por ele designada" (art. 6.º).

Dessa maneira, se ainda não houve a apostila dos títulos, o mandado de segurança preventiva deveria ser impetrado contra o Secretário da Educação ou autoridade porventura já designada para fazer as apostilas.

Contra o Governador, só poderia dirigir-se o mandado de segurança na hipótese de um interessado que, mediante recurso administrativo, conseguisse levar o seu caso até a decisão final, em concreto, pelo Governador do Estado — hipótese que não é a destes autos.

5. Quanto ao mérito, a Constituição Federal, promulgada em 24.1.1967, para entrar em vigor no dia 15 de março daquele ano (art. 189), depois de estabelecer várias medidas de feição moralizadora relativas ao ingresso no funcionalismo público, resolveu, no art. 177, § 2.º, das Disposições Gerais e Transitórias, garantir a situação de

todos os interessados que prestavam serviço há mais de cinco anos à União, aos estados e aos municípios.

O texto é amplo, no seu objetivo: "São estáveis os atuais servidores da União, dos estados e dos municípios, da administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço público."

E a estabilidade, sem dúvida importou na efetivação, em cargos isolados ou de carreira, segundo a hipótese de cada beneficiado.

6. Em verdade, a "estabilidade", que é o mais, pressupõe a "efetividade", que é o menos. Compreende-se que o efetivo não seja necessariamente estável, mas não se compreenderá que um funcionário seja estável e ao mesmo tempo não disponha de cargo efetivo.

O argumento de que a estabilidade não se dá no cargo e, sim, na função, constitui sutileza inadmissível.

Não existe "função", principalmente estável, sem o cargo, onde aquela se exercite. Por isso mesmo, a própria Constituição de 1967 esclarece, no artigo 99, § 2.º, que extinto o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, isto é, sem "função", até o seu obrigatório aproveitamento em "cargo" equivalente.

Nem se argumente com a exigência de concurso, para a nomeação efetiva. O art. 177, § 2.º, é uma exceção transitória à regra da exigência de concurso público, assentada no art. 95, § 1.º, ou no art. 168, § 3.º, n.º V, da Carta Magna.

Pelo concurso, a pessoa nomeada para cargo público adquire a estabilidade após 2 anos (art. 95, § 1.º, e 99, *caput*, e § 1.º), mas, pelo fato de exercer alguma função pública há mais de cinco anos, o servidor ficou dispensado de concurso e se efetivou, estabilizando-se, por força do art. 177, § 2.º, da Constituição.

7. Dessa maneira o assunto ficou entendido na Constituição do Estado, que se promulgou em 13.5.1967, pois o art. 9.º do Ato de suas Disposições Transitórias ordenou que os servidores "estáveis", nessa data, seriam integrados no funcionalismo, esclarecendo, ainda, nos §§ 1.º e 3.º, que a lei regulamentaria a ampliação dos quadros e a distribuição dos lugares dos novos titulares "de cargo público".

5. Essa regulamentação veio com a Lei n.º 10.118, de 20.5.1968, que, logo no art. 1.º, transformou em cargos as funções exercidas pelos servidores estabilizados.

8. Os professores do ensino médio, contudo, foram tratados de maneira unilateralmente diversa...

As autoridades do ensino, quando fora promulgada a Constituição Federal, em 24 de janeiro, para entrar em vigor só a 15 de março, engendraram o que na linguagem popular se chama de "passa-moleque": dispensarem os professores contratados que tivessem mais de cinco anos de serviço, a fim de evitar sua estabilização, antes da entrada em vigor da nova Carta Magna!

E, por isso, com o objetivo de corrigir essa fraude ao dispositivo da Constituição da República, o legislador constituinte do estado assentou, no artigo 14, do referido Ato das Disposições Transitórias: "São estáveis os professores contratados do ensino de grau médio que, em 24.1.1967, tinham, no mínimo, cinco anos de exercício no serviço público, e serão readmitidos, com a estabilidade que lhes assegurou o § 2.º do art. 177, da Constituição do Brasil, os que foram dispensados após aquela data".

Esse dispositivo, como se vê, admitiu 2 hipóteses: a) a dos professores secundários que, em 24.1.1967, tinham cinco anos de serviço público e não foram dispensados até a entrada em vigor da nova Constituição Federal; b) a dos professores secundários que, em 24.1.1967, tinham cinco anos de serviço público, mas, foram dispensados

antes da entrada em vigor da Constituição Federal.

Em relação aos primeiros, simplesmente, aplicou o art. 177, § 2.º, da Carta Magna da República, que, evidentemente, não podia ser desobedecida; considerou-os estáveis.

No tocante aos outros, isto é, os que foram dispensados após a promulgação da Carta Política de 24 de janeiro, antes de sua entrada em vigor aos 15 de março, o legislador constituinte estadual os readmitiu, como se não houvesse a dispensa, ou seja, expressamente, "com a estabilidade que lhes assegurou o § 2.º do art. 177, da Constituição do Brasil.

É claro, portanto, que, considerados estáveis, por força do art. 177, § 2.º, os professores do ensino de grau médio teriam de ter o mesmo tratamento dos servidores em geral, estabilizados pelo mesmo título e integrados no funcionalismo estadual conforme os termos do art. 9.º do mesmo Ato das Disposições Transitórias, regulamentados, depois, pela Lei n.º 10.118.

A legislação posterior, a que aludem os impetrantes, visou tratar de modo desigual a integração dos professores secundários estabilizados nos quadros de ensino por força do art. 177, § 2.º, da Constituição Federal.

A Lei Magna da Nação, assim, bem como a própria Constituição do Estado, foram ofendidas pelos atos discriminatórios consubstanciados no Decreto-lei n.º 249, e no Decreto regulamentar n.º 52.477.

9. Pelo exposto, rejeitei a preliminar suscitada nas informações do Governador, mas acolhi a de sua ilegitimidade passiva; e, quanto ao mérito, concedi a segurança. Participaram do julgamento, com votos vencedores nas preliminares e no mérito, os Des. Cordeiro Fernandes, Humberto da Nova, Cardoso Rolim, Pacheco de Mattos, Mendes França, Jonas Vilhena, Carmo Pinto, J. M. Arruda, Flávio Torres, Costa Leite, Henrique Machado, Macedo de Campos, Geraldo Pinheiro, Ennio de Barros, Salles Abreu, Odyr Porto e Andrade Vilhena; com votos vencidos na primeira preliminar, os Desembargadores Lafayette Salles Júnior Cavalcanti Silva, Ferreira de Oliveira, Sousa Lima, Cunha Camargo e Torres de Carvalho; com votos vencidos na segunda preliminar, os Des. Sousa Lima e Costa Manso e, como voto vencido no mérito, o Des. Alcides Faro, os Des. Adriano Marrey, Hoeppner Dutra, Medeiros Júnior e Carvalho Filho votaram somente na primeira preliminar e o Des. Dantas de Freitas votou também na segunda preliminar, todos com votos vencedores.