FUNCIONÁRIO PÚBLICO — PROFESSOR — ESTABILIDADE

— A estabilidade assegurada na Constituição de 1967 importou em efetividade.

— Interpretação do art. 173 § 2.º da Constituição de 1967.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Juízo de Direito, Fazenda do Estado, Cesare Mansueto, Giulio Lattes e outros *versus* os mesmos
Apelação cível n.º 197.112 — Relator: Sr. Desembargador COSTA MANSO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível n.º 197.112, de São Paulo, em que são apelantes e reciprocamente apelados o Juízo, de ofício, a Fazenda do Estado, Cesare Mansueto Giulio Lattes e outros.

1. Os autores são titulares de funções docentes na Universidade de São Paulo e pleiteiam, nestes autos, a estabilidade, nos termos do art. 177, § 2.º, das Disposições Gerais e Transitórias da Constituição Federal de 1967.

A Fazenda do Estado contestou o pedido em nome da Universidade.

E a sentença julgou procedente a ação, em parte, a fim de declarar a estabilidade dos autores "no serviço público" (e, não, em suas respectivas funções). Esclareceu, ainda, o magistrado, que haveria compensação total dos honorários de advogado, de uma e outra parte interessada; e que as custas seriam repartidas, metade a metade.

Além do recurso de ofício, houve apelação dos autores, que reclamam a procedência integral da ação declaratória; ou, na pior hipótese, a condenação da Fazenda em honorários de advogado e numa parcela maior das custas, ante a sucumbência quanto ao principal.

Apelou também a Fazenda, só para solicitar a condenação dos autores em honorários de advogado e na totalidade das custas, porque foram vencidos na pretensão de se estabilizarem nas respectivas funções (quanto à estabilidade no serviço público, declarada na sentença, a Fazenda reconheceu e não contestou esse direito dos autores).

As apelações foram recebidas e tiveram andamento regular.

2. Dos autores, uns pertencem ao quadro da Universidade, enquanto a

maioria deles se constitui de extranumerários, contratados. Todos, porém, estavam no exercício das respectivas funções há mais de cinco anos, na data da entrada em vigor da Constituição Federal de 1967, cujo art. 177, § 2.º, no Título das Disposições Gerais e Transitórias, concedeu estabilidade aos servidores da União, dos estados ou dos municípios, e também das autarquias, que tivessem aquele tempo de serviço.

Isso não foi contestado, nem se discutiu no transcorrer do processo.

A Constituição do Estado, por sua vez, promulgada logo depois, em 13.5.1967, 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 afinal 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, a Universidade de São Paulo sustenta que a estabilidade de professores e docentes em geral, nos termos daquele preceito constitucional, se dá apenas no "serviço público", sendo inadmissível a pretensão deles se estabilizarem nas respectivas funções de docentes.

Sem razão, conforme já escreveu o mesmo relator deste acórdão em vários casos anteriores: "Em verdade, a estabilidade, que é o mais, pressupõe a efetivade, 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. 171, § 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 dois anos (arts. 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."

Na hipótese, aliás, os autores pediram ainda menos, isto é, não pleitearam estabilidade com efetivação, mas, apenas, estabilidade na função.

E a sentença lhes deu, aceitando a defesa da Fazenda, estabilidade no serviço público.

3. Conseqüentemente, o Tribunal de Justiça, em Terceira Câmara Civil, por maioria, provê ao recurso dos autores considerando prejudicados os de ofício e da Fazenda, para julgar procedente a ação, *in totum*, inclusive quanto à condenação do Estado, pela sucumbência, em honorários de advogado (20% sobre o valor da causa) e custas.

São Paulo, 7 de outubro de 1971. Costa Manso, Presidente e Relator. Nóbrega de Salles, vencido, com à seguinte declaração de voto: *Data venia*, dos eminentes votos vencedores, ousei divergir, porque sempre entendi que a estabilidade se dá no serviço público, não em determinado cargo ou função.

Aliás, esta última, não é senão o reflexo do cargo, porque se constitui este de determinadas atividades, serviços, etc.

Daí, ter-se criado dentro da Administração Pública há muito tempo, a

possibilidade de se investir determinado servidor em certa função, sem que ainda estivesse criado o cargo correspondente.

A hipertrofia do Poder Público, as dificuldades na criação imediata de cargos correspondentes à suas necessidades, levaram aos extranumerários extraquadro que eram admitidos não para certos cargos, ainda não existentes, mas para as funções que deles decorriam.

Razões políticas levaram nossas Constituições, desde a de 1946 a considerar tais funcionários extranumerários, conforme seus anos de serviço, como estáveis, e que significa que não poderiam ser demitidos por conveniência da Administração ou sem processo administrativo regular.

Mas, implicou sempre a estabilidade no direito do servidor de continuar no serviço público, não em determinado cargo, no qual era conservado, enquanto bem servisse e conviesse à Administração (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 380).

Ora, tal peculiaridade, quando aplicada aos extranumerários, para estabilizá-los, impede que se considere a estabilidade em cargos ou funções, apenas no serviço público.

Nada obsta que o Governo crie cargos para tais funcionários, como aqueles previstos pela Lei n.º 10.118, destinados aos funcionários em geral e da qual se excetuam aqueles que são alvo de legislação especial inclusive constitucional, como os ocupantes de funções docentes, em ensino médio ou superior, como é o caso.

Atribuir na Universidade, a tais estabilizados, cargos ou funções como eles querem, de professor, assistente, instrutor, etc., importaria na criação de quadro diverso daqueles que, por concurso, ocupam cargos idênticos e cujo acesso seria obstado muitas vezes, por esses elementos, já em igualdade de condições.

Dessa forma e retornando, *data venia*, a julgamentos anteriores, entendo que a estabilidade é no serviço público como julgou o magistrado.

Acolho, no entanto, em parte, o recurso dos autores, para fixar a honorários a que fazem jus em 20% do valor dado à causa, ficando as custas por inteiro a cargo da Fazenda.

A perda pelos interessados, de parte de seu pedido, não implica sucumbência parcial, a justificar a cassação de honorários e as custas pela metade.

Tais razões levam-nos a julgar também prejudicado o recurso da Fazenda. Participou do julgamento, como voto vencedor, o Des. Costa Leite.