FUNCIONÁRIO PÚBLICO — EFETIVAÇÃO — ESTABILIDADE

— Interpretação do art. 177, § 2.º, da Constituição.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Hélio Rodrigues Santos e outros *versus* José Nunes da Silva e outros
Recurso extraordinário n.º 71.890 — Relator: Sr. Ministro
THOMPSON FLORES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, em parte.

Brasília, 25 de outubro de 1972. *Aliomar Baleeiro*, Presidente. *Thompson Flores*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Thompson Flores: Assim relatou a controvérsia, perante o eg. Tribunal Superior Eleitoral, o eminente Relator, Ministro Célio Silva, fls. 373-7:

"Em maio de 1962, três funcionários federais e quatro funcionários estaduais, que se encontravam requisitados pelo Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão, impetraram mandado de segurança contra os atos da Presidência daquela Corte que, segundo alegam, proveu os cargos criados pela Lei n.º 4.049, de 23.2.62, contra expressa disposição da mesma lei que conferiria aos impetrantes o direito líquido e certo de concorrerem àqueles provimentos.

Prestadas as informações e ouvida a Procuradoria Regional Eleitoral, o TRE *a quo*, preliminarmente, não conheceu do mandado de segurança por entender que os atos impugnados deveriam ser atacados pela via administrativa (acórdão, fls. 70).

Inconformados, os impetrantes interpuseram recurso especial, cujo seguimento foi denegado pelo despacho de fls. 88. Dele se agravaram de instrumento os impetrantes, mas o Presidente do Regional negou o processamento do mesmo, declarando-o intempestivo e determinando o arquivamento do feito.

Vieram, então, os impetrantes com Reclamação para este Tribunal (Processo n.º 2.531), que, julgando-a procedente, determinou o processamento do agravo.

A fls. 140, um funcionário estadual requisitado, e a fls. 149, dois federais, nove estaduais e um municipal, requereram suas admissões como litisconsortes, que lhes foi deferida por despacho do eminente Senhor Ministro Henrique Andrada, Relator.

Pelo acórdão n.º 4.216 (fls. 185), o agravo de instrumento foi provido e julgando desde logo o recurso especial se lhe deu provimento parcial, para que o Regional Maranhense julgasse *de meritis* a segurança.

No Tribunal *a quo* foram admitidos como assistentes da autoridade coatora sete dos nomeados (fls. 203, 210, 218, 226, 232, 234 e 241). Ouviu-se novamente a Procuradoria Regional Eleitoral e o TRE proferiu o acórdão seguinte:

"Isto posto, e

Considerando, quanto à preliminar, que o despacho do Exmo. Sr. Ministro Relator do recurso não enfrentou o problema suscitado, deixando-o, assim, à regional instância, no julgamento do mérito do Mandado;

Considerando que a admissão de retarditários, após a consumação do prazo de decadência, não encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;

Considerando, quanto ao mérito, que a linguagem dos impetrantes em ataques ao Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão merece condenação no que tem de excessiva, não obstante reconhecer-se que a violência contra o direito foi, também, excessiva;

Considerando que houve partilha de oportunidades, prática de nepotismo, violência a direito e desconsideração à lei;

Considerando, entretanto, que os nomeados não poderiam, sem igual injustiça, ser agora responsabilizados pelos atos praticados em 1962, atos que tiveram a consagração de um julgamento;

Considerando, além disso, que leis federais posteriores à prática dos atos e a própria Constituição do Brasil legalizaram as situações duvidosas, colocando os nomeados a salvo de ataques;

Considerando que eminente Doutor Procurador Regional opinou por que se concedesse a segurança, para colocar os impetrantes em disponibilidade;

Considerando que a Lei n.º 4.049, de 23.2.62, distinguiu, nem poderia deixar de fazê-lo, entre cargos iniciais de carreira e cargos isolados, admitindo aproveitamento do pessoal apenas nas classes iniciais das carreiras;

Considerando tudo isso e o mais que dos autos consta, princípios de direito e jurisprudência aplicável,

Resolve o Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão, quanto à preliminar, aceitá-la, por voto de desempate, para considerar inadmissível o ingresso de litisconsortes voluntários após o decurso do prazo de decadência, vencidos os Juízes Vera Cruz Santana, Relator, Nicolao Dino e Almeida Silva, que, embora aceitando a tese da inadmissibilidade do litisconsórcio voluntário após a consumação do prazo decadencial, admitiam, no caso concreto, o ingresso daqueles litisconsortes que, juntamente com os impetrantes, outorgaram, pelo mesmo instrumento, procuração ao mesmo advogado. Quanto ao mérito, julga procedente o mandado em favor dos impetrantes preteridos nos cargos iniciais da carreira, e só nestes, os quais, entretanto, ficarão como excedentes até aproveitamento em vagas que se verificarem, reconhecendo-se-lhes o direito às reparações pecuniárias a partir da data da impetração. Os Juízes Carlos Madeira e Almeida Silva entendiam que o reconhecimento do direito dos impetrantes ficaria condicionado à criação dos cargos. O Parecer do Excelentíssimo Sr. Dr. Procurador Regional foi divergente, em parte, assim na preliminar como no mérito."

Levantados embargos de declaração, os mesmos não foram conhecidos. Daí a interposição dos recursos de fls. 278, 285 e 297, interpostos pelos impetrantes e seus litisconsortes, todos no sentido de que o acórdão recorrido teria sido proferido contra expressa disposição de lei, com divergência jurisprudencial e com ofensa à coisa julgada, quanto a exclusão dos litisconsortes.

Nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral Eleitoral, através do Parecer de fls. 323-325, *verbis*:

"1. Os impetrantes, funcionários do Executivo, requisitados pela Justiça Eleitoral, deixaram de ser aproveitados como funcionários do Quadro da Secretaria do Tribunal Regional Eleitoral local, porque não ocupavam os cargos de carreira nas quais a Lei n.º 4.049, de 28.2.62, mandou aproveitar requisitados.

2. Interpõem recurso especial, alegando:

a) que foi ferida a coisa julgada do Tribunal Superior Eleitoral;

b) que foram ilegal e inconstitucionalmente preteridos pelo aproveitamento dos interinos estáveis.

3. Quanto ao primeiro item parece-nos sem razão o alegado, porque a decisão do Tribunal Superior Eleitoral se limitou a dar provimento parcial ao primeiro recurso dos impetrantes, para que o Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão apreciasse o mérito do pedido. Ora, se o Tribunal Regional Eleitoral, cumprindo essa decisão, achou que os recorrentes não tinham direito à pretensão, porque não ocupavam cargos que a lei mandara aproveitar, não violou a coisa julgada pelo Tribunal Superior Eleitoral, mas apenas decidiu o mérito, como lhe pareceu de direito.

4. Procede, porém, o recurso no tocante à preterição do aproveitamento dos recorrentes, previsto no art. 7.º da Lei n.º 4.049/62, para se dar prioridade aos funcionários interinos que se beneficiaram pelo instituto de estabilidade, prevista no art. 177, § 2.º.

5. Realmente, aqueles recorrentes que o próprio acórdão recorrido reconheceu terem direito ao preenchimento prioritário das vagas no Quadro da Secretaria do Tribunal Regional Eleitoral, nos precisos termos do ordenamento da Lei n.º 4.049/62, art. 7.º, não podem ser preteridos pelos funcionários nomeados interinamente e indevidamente efetivados, para preencher os cargos em que deveriam ter sido aproveitados os recorrentes, mesmo que aqueles interinos tenham vindo a se estabilizar na função pública, nos termos do art. 177, § 2.º, da Constituição de 1967. Isto porque o preenchimento

interino e indevido de tais cargos, pelos atuais funcionários estáveis, não tirou, nem poderia tirar, o direito já adquirido do aproveitamento dos requerentes, por lei anterior.

Em segundo lugar porque a estabilidade conferida no mencionado § 2.º do art. 7.º da Constituição não concede direito ao cargo ocupado interinamente, isto porque a estabilidade não diz respeito ao cargo, mas, tão-só, ao serviço público (Estatuto, art. 82, § 2.º):

6. Assim um funcionário não efetivo, que alcança a estabilidade constitucional de exceção, não tem direito de permanecer no cargo cuja ocupação pertence legalmente a outrem. Ele terá direito de não ser desempregado, nem de ser reduzido em vencimentos, porém, não teria direito ao cargo ocupado.

Sobre o assunto já tivemos oportunidade de nos manifestar longamente procurando evitar ambages, resultantes de interpretações equívocas sobre o assunto.

Para tanto juntamos cópia do mesmo "Parecer", que embora não acolhido totalmente na oportunidade do julgamento, teve ensejo de ser anotado e acatado na Comissão de Justiça da Câmara Federal, para subsídio do projeto de lei regulamentadora do art. 177, § 2.º, da Constituição."

Na sessão ordinária de 2.10.69 iniciou-se o julgamento e após o voto do eminente Senhor Ministro Milton Sebastião Barbosa, Relator, dando provimento aos recursos, sendo parcial aos dos terceiros recorrentes, pediu vista o eminente Senhor Ministro Djaci Falcão, que, a fls. 363, afirmou impedimento.

Em razão das alterações havidas na Constituição deste Tribunal, o eminente Senhor Ministro Presidente determinou a redistribuição do feito, para renovação do julgamento.

Foi-me distribuído o processado e, após examiná-lo e estudá-lo, trago-o a julgamento."

2. S. Exa., após considerar as preliminares e acolher o recurso dos litisconsortes, proveu, em parte, no que respeita ao mérito, a irresignação dos impetrantes.

Fê-lo nos termos seguintes, fls. 378-9:

"Dou provimento, também, aos recursos para, reformando a decisão recorrida, conceder a segurança, em parte.

As nomeações atacadas foram feitas em desacordo com o disposto no § 4.º do art. 7.º, da Lei n.º 4.049, de 23.2.62, cuja constitucionalidade se encontra definitivamente reconhecida pela jurisprudência deste Tribunal e, principalmente, pela do Supremo Tribunal Federal.

Em se tratando de atos nulos, porque contrários à lei, é evidente que não produzem efeitos jurídicos e, portanto, não poderiam ter sido legalizados por leis posteriores ou mesmo pela Constituição. Não se convalida aquilo que é nulo.

Mas, se os considero nulos, não será por isso que se deva conceder a segurança na amplitude pleiteada pelos impetrantes e litisconsortes.

A Lei n.º 4.049, de 1962, não conferiu aos impetrantes e aos litisconsortes o direito líquido e certo determinado de serem nomeados para os cargos de carreira por ela criados. Conferiu-lhes, isto sim, o direito líquido e certo de prioridade na primeira investidura daqueles cargos, mas que deverá ser individualizado dentro dos critérios fixados na própria lei.

O direito conferido por aquela lei foi o de concorrerem todos os funcionários que estivessem requisitados à seleção daqueles que deveriam ser nomeados para o primeiro provimento dos cargos de carreira. Daí por que a questão surgida quanto à admissão ou inadmissão dos litisconsortes é despicienda, eis que se concedida a segurança, ele

aproveitará os vinte e dois funcionários que, na data das nomeações atacadas, se encontravam requisitados pelo Regional maranhense. E, dentre eles, observado o critério fixado na própria Lei n.º 4.049, de 1962, é que deverão ser solucionados aqueles para a primeira investidura dos cargos de carreira.

Pelo exposto, dou provimento, em parte, ao recurso, para o fim de declarar nulas as nomeações feitas em 13.3.62, para provimento dos cargos de carreira criados pela Lei n.º 4.049, de 1962, determinando ao Regional maranhense que proceda a novas nomeações para aqueles cargos, com observância do disposto no § 4.º do art. 7.º da Lei n.º 4.049, de 23-2-62, retroagindo os efeitos das novas nomeações a 13.3.62, observando-se, porém, na execução do julgado os dispositivos da Lei n.º 5.021, de 9.6.66."

Apenas explicitaram seus votos os eminentes Ministros Barros Monteiro e Armando Rollemberg.

Passo a sua leitura, fls. 379-380 (*leu*).

3. Originou-se, assim, o julgado de 5.5.70, portador da seguinte ementa fls. 371:

"Recursos especiais de decisão de Tribunal Regional, que não admitiu o ingresso de litisconsortes e determinou o aproveitamento dos impetrantes como excedentes até o aproveitamento em vagas que se verificarem.

— Admitidos os recursos como ordinários, o Tribunal decidiu primeiro, dar provimento para o fim de declarar os litisconsortes como partes integrantes do mandado de segurança; e segundo dar provimento em parte, para o fim de declarar nulas as nomeações feitas em 13.3.62, para provimento dos cargos de carreira criados pela Lei n.º 4.049, de 1962, determinando ao Tribunal Regional que proceda a novas nomeações, com observância do disposto no § 4.º do art. 7.º da Lei n.º 4.049, retroagindo os efeitos das novas nomeações a 13.3.62, observando-se, porém, na execução do julgado os dispositivos da Lei n.º 5.021, de 9.6.66."

4. Publicadas suas conclusões no *DJ*, de 8.6.70, segunda-feira, a 19 seguinte, sexta-feira, protocolaram os litisconsortes vencidos sua petição de recurso extraordinário, fls. 383-400, invocando contrariedade ao art. 177, § 2.º, da Constituição de 1967, além de dissídio com arestos vários desta Corte, os quais são indicados e alguns parcialmente transcritos.

Admitiu-o o então Presidente daquela Corte, o eminente Ministro Eloy da Rocha, pelo primeiro fundamento, e nos termos seguintes, fls. 420 (*leu*).

5. As partes apresentaram razões, fls. 421-2 e 431-4.

Parecer da douta Procuradoria-Geral da República, firmado pelo Procurador A. G. Valim Teixeira, e aprovado pelo Procurador-Geral, substituto, Oscar Corrêa Pina, pelo não-provimento, acaso conhecido o recurso, com a seguinte fundamentação, fls. 438:

"1. Para os recorrentes o aresto recorrido (fls. 371-379) teria violado o art. 177, § 2.º, da Constituição Federal de 1967 e dissentido de jurisprudência do Excelso Pretório, pois, já sendo estáveis no serviço público, não poderiam ter suas nomeações declaradas nulas.

2. Sem razão os recorrentes. Não negou o julgado recorrido que fossem estáveis os servidores da União, dos Estados e Municípios, que, à época da promulgação da Constituição, contassem, pelo menos, cinco anos de serviço público. Não afirmou, por outro lado, o decisório impugnado, que os funcionários amparados pela legislação anterior não eram estáveis. Limitou-se o acórdão recorrido a afirmar que, tendo sido as nomeações dos ora recorrentes efetuadas em desacordo com o § 4.º, do art. 7.º, da Lei

n.º 4.049/62, tais atos seriam nulos e não poderiam, assim, ter sido legalizados por leis posteriores, visto que não se convalida o nulo."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores (Relator): Duas foram as prejudiciais suscitadas pelos recorridos: intempestividade, e incabência, atento o valor atribuído à causa.

2. Rejeito a ambas.

O acórdão impugnado teve suas conclusões publicadas no *DJ*, de 8.6.70, segunda-feira e dia útil. A petição recursal foi protocolada a 19 seguinte.

Sendo certo que circula aquele diário à tarde, e, comumente, no dia imediato, aplica-se, na contagem do prazo, o art. 4.º da Lei n.º 1.408/51, dilatando-se de um dia. E, assim sendo, tardia não foi a irresignação apresentada no último deles.

De outra parte, indiferente para a interposição do recurso o valor atribuído à causa.

É que a ação é de mandado de segurança, e, ademais, o recurso invoca afronta à Constituição.

Essa prefacial encontra óbice, pois, na Emenda Regimental de 12.11.69, vigente então, art. 1.º, *caput*, e seu inc. III.

II. Quanto ao recurso em si, dele conheço, nos termos em que o admitiu o despacho presidencial, e dou-lhe parcial provimento, para assegurar aos recorrentes a estabilidade na função pública, tal como dispõe o art. 177, § 2.º, da Constituição de 1967.

1. Para prover, em parte, o recurso dos impetrantes, ora recorridos, como acentuou o relatório, considerou o acórdão que *nulas* eram as nomeações dos litisconsortes passivos, ora inconformados, extraindo desta afirmação as radicais conseqüências, as quais refletiram-se na situação que desfrutavam.

2. Deixando de considerar que, então, já contavam todos, pelo menos, mais de dez anos de serviço prestado ao próprio Tribunal Regional Eleitoral, após sua investidura como interinos, situação apreciada pelo acórdão que assim reformava, o qual se teria procurado assentar no art. 177, § 2.º, da Constituição de 1967, penso que o decisório ora impugnado contrariou, frontalmente, dito preceito, justificando, dessarte, o conhecimento do recurso e sua parcial procedência.

3. Certo, pretendem os ora inconformados o indeferimento do *mandamus*, ou, pelo menos, o restabelecimento do acórdão do Tribunal Regional, reformado pelo julgado do Tribunal Superior.

4. Não vejo possam ser atendidos, sequer no último de seus propósitos.

Admiti-lo, seria emprestar maior valia aos que preteriram, então, com flagrante desatenção ao § 4.º do art. 7.º da Lei n.º 4.049/62, aos que se viram, ilegalmente, por eles preteridos, o que, a toda evidência, o direito não ampara.

Nem se diga que não reclamaram logo, pois fizeram desde o primeiro momento, e através da mais expedita garantia constitucional, o mandato de segurança, ajuizado antes mesmo dos 90 dias dos atos impugnados, ou seja, a 9.5.62, fls. 2.

5. Admito que leis posteriores pudessem ser invocadas para atribuir efetividade aos interinos. Nunca me pareceram em harmonia com a Constituição, embora reconheça que julgados vários, inclusive do Supremo Tribunal Federal, as tenham aplicado.

Todavia, tal matéria não foi objeto de prequestionamento, nem delas cuidaram as decisões proferidas, inclusive o acórdão impugnado, o qual não foi objeto de embargos de declaração, quiçá viáveis, dado o rumo por ele adotado, ao prover o recurso dos impetrantes, em desfavor dos litisconsortes passivos, ora recorrentes.

Seria o suficiente para obstar a abertura de discussão na via extrema, nesse particular, como dispõem os enunciados n.os 282 e 356, da *Súmula*.

Inobstante, viável que fosse tal apreciação, o que faço apenas para argumentar, sem conceder, não reconheço pudessem os diplomas invocados, os quais não dizem respeito às especiais situações criadas pela Lei n.º 4.049/62, atribuir-lhes efetividade. Descumprida às escâncaras a lei citada, com manifesta preterição dos recorridos, e, por isso mesmo, com a utilização de pronta medida judicial àquelas nomeações, certo não poderiam gerar direito outro, senão o que lhes veio atribuir a invocada disposição transitória da Carta de 1967, e isso um qüinqüênio após.

6. De tudo que acaba de ser exposto, uma conclusão, a meu ver, é possível extrair. Não tendo o acórdão recorrido considerado o largo tempo de exercício dos recorrentes, muito superior a cinco anos, somente prestado ao Tribunal quando adveio a Carta de 1967, a qual em seu art. 177, § 2.º, lhes atribuiu estabilidade, certo afrontou esse preceito, justificando, pois, o conhecimento do recurso e o seu parcial provimento, para assegurá-la, e com as conseqüências daí emergentes.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmin: Senhor Presidente, estou de pleno acordo com a fundamentação e com a conclusão do voto do eminente Relator.

Os impetrantes, realmente, tiveram seu direito calcado na Lei n.º 4.049, de 1962, e, portanto, baseados nessa mesma lei, devem ir para o exercício desses cargos. Não é possível, com fundamento do art. 177, § 2.º, da Constituição, negar esse direito aos impetrantes.

O art. 177, § 2.º, dá estabilidade a funcionários, mas não exclui o direito de exercício da função a quaisquer outros. Então, para prosperar o direito dos impetrantes, irão eles à função que deveriam ter assumido.

Quanto à situação dos recorrentes, que teriam sido nomeados interinamente, está ela amparada pelo § 2.º do art. 177 da Constituição; eles gozam de estabilidade. Portanto, com o provimento, em parte, do recurso terão os cargos aqueles que estavam amparados pela Lei n.º 4.049, e terão os ora recorrentes o direito que o art. 177, § 2.º, da Constituição lhes assegura. Acho que não é o caso de declarar nulas as nomeações, porque os recorrentes foram nomeados interinamente; houve nomeação interina, que não me parece deva ser tida como nula; portanto, a aplicação do art. 177, § 2.º, da Constituição se faz legitimamente.

Conheço do recurso e lhe dou provimento em parte.

VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, em que pese ao brilhante voto do eminente Relator, de quem raramente tenho divergido, prefiro, no caso, manter o acórdão recorrido.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE n.º 71.890 — MA — Rel., Ministro Thompson Flores. Rectes., Hélio Rodrigues Santos e outros (Advs., José Guilherme Villela e outro). Recdos., José Nunes da Silva e outros (Advs., Dorotéu Soares Ribeiro e outro).

Decisão: Conhecido e provido, em parte, contra o voto do Ministro Barros Monteiro que conhecendo do recurso lhe negava pro-

vimento. Votou o Presidente. Impedidos os Ministros Xavier de Albuquerque, Djaci Falcão e Antônio Neder. Falou o Dr. José Guilherme Villela, pelos recorrentes.

Presidência do Sr. Ministro Aliomar Baleeiro. Presentes à sessão os Srs. Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Eloy da Rocha, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antônio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmin. Procurador-Geral da República, o Doutor José Carlos Moreira Alves.