*— Não ocupando cargos, mas exercendo funções, não podiam os respectivos servidores neles serem efetivados.*
*— Interpretação do art. 177, § 2º, da Constituição de 1967.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

José Otávio Zanin e outros *versus* Estado de São Paulo
Recurso extraordinário nº 74.442 — Relator: Sr. Ministro RODRIGUES ALCKMIM

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 21 de setembro de 1973. *Oswaldo Trigueiro,* Presidente. *Rodrigues Alckmim,* Relator.

RELATÓRIO

*O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim:* Trata-se de mandado de segurança impetrado por professores regentes de aulas excedentes de curso secundário, considerados estáveis no exercício dessas funções (Constituição Federal de 1967, art. 177, § 2º) que querem a integração no funcionalismo, como professores secundários.

Negou-lhes a pretensão o acórdão de fls. 105, ponderando que a Constituição Federal apenas lhes atribuíra "a estabilidade, sendo que aos regentes de aulas excedentes, do curso secundário — como os impetrantes — passou a reconhecer o direito de permanecerem no exercício de tais funções, como regentes de aulas excedentes, não o direito ao cargo de professores titulares ou catedráticos".

Irresignados, os impetrantes recorrem extraordinariamente com apoio nas alíneas *a* e *d*. Apontam como de vigência dene-

gada o art. 100, parágrafo único, 153, §§ 1º e 3º, da Constituição Federal e argúem dissídio de julgados (*R.T.J.* 58/112; RE nº 59.247; RE nº 69.814; Ag. nº 52.232).

Admitido e processado o recurso, o parecer da Procuradoria-Geral da República é pelo não conhecimento.

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim* (Relator): Leio o parecer de fls. 151:

"Por preencherem os pressupostos do art. 177, § 2º, da Constituição do Brasil, os recorrentes, na qualidade de professores contratados como regentes de aulas excedentes do ensino de grau médio, tiveram reconhecida, em ato declaratório, a sua estabilidade no serviço público estadual.

Fundamentou-se o mencionado ato declaratório no art. 177, § 2º, da Constituição do Brasil, no art. 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual de 1967 e nos preceitos da legislação local consubstanciada no Decreto-lei nº 249, de 29.5.70, e no Decreto nº 52.477, de 29.6.670.

Inconformados, requereram segurança, sob a alegação de que a Administração, ao expedir os respectivos atos declaratórios de estabilidade, teria deixado de integrá-los no funcionalismo público estadual, como professores secundários, em cumprimento do disposto no art. 9º das Disposições Transitórias da Constituição Estadual e na Lei estadual nº 10.118, de 20.5.68, que regulamentou o citado preceito constitucional.

O acórdão impugnado denegou-lhes o *writ*, por entender que a situação dos impetrantes está regulada no art. 14 das Disposições Transitórias da Constituição Estadual e legislação pertinente, e, não, como pretendido, no art. 9º das Disposições Transitórias da mencionada Carta Magna.

Em recurso extraordinário, pelas letras *a* e *d*, alegam os vencidos violação dos arts. 100, parágrafo único, 153, §§ 1º, 3º e 21, e divergência com o decidido nos RE nº 69.372 (*R.T.J.* 58/112-5); 69.814 (*R.T.J.* 54/707-8).

Pelo não conhecimento.

Com efeito, pela letra *a*, não se nos configura nem de longe vulnerados os preceitos constitucionais colacionados, mesmo porque sequer foram ventilados na decisão recorrida (*Súmula* 282). E não o foram pelo fato mesmo de que toda questão federal se exauriu com a estabilidade conferida, nos termos do art. 177, § 2º, da Constituição do Brasil. Na realidade, vulneração do art. 100, parágrafo único, não houve, eis que não se trata, no caso, de extinção de cargo. Violação ao princípio da insonomia também não se verificou, vez que a igualdade ali estabelecida consiste exatamente em tratar desigualmente pessoas e situações desiguais e, na espécie, o que se decidiu foi precisamente que a situação dos recorrentes se enquadrava no art. 14 das Disposições Transitórias e não no seu art. 9º. Tampouco não há como atinar no sentido de ter a decisão recorrida ferido direito adquirido ou coisa julgada. Finalmente, o art. 153, § 21, foi rigorosamente observado, pois, no caso concreto, os impetrantes não têm nenhum direito à efetivação em cargos, que sequer existem, e muito menos direito líquido e certo.

O recurso não merece melhor sorte, quanto ao conhecimento, se examinado, à vista da letra *d* do preceito constitucional autorizativo. De fato, nenhuma divergência jurisprudencial se configura.

Com efeito, trata o RE nº 69.372-SP de caso distinto, ou seja, de professoras primárias, que estavam *no exercício do cargo em caráter interino*. Cuida a espé-

cie de professores contratados regentes de aulas excedentes do ensino de grau médio, *que não exerciam cargo algum, mas função no serviço público.* Portanto, a tese de que "o reconhecimento da estabilidade importa, necessariamente, na efetividade" há de ser entendida em termos, ou seja: *o pressuposto mínimo para o reconhecimento da efetividade é a existência do cargo. Se não há cargo, não há como proclamá-la.*

Pelos mesmos fundamentos supramencionados, não se verifica qualquer discrepância com o decidido no RE nº 69.814-SP, aliás citado pelos recorrentes sem atender às exigências da *Súmula* 291. Mas, ainda que superada esta preliminar, lê-se no voto proferido pelo eminente Ministro Djaci Falcão, ao esclarecer dúvida sobre a situação jurídica da recorrente (*R.T.J.* 54/708):

"Tive dúvida quanto ao *status* jurídico da referida servidora. Com vista dos autos, verifiquei não haver contrato individual de trabalho, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho, que propiciara apenas a estabilidade trabalhista. Há, nos autos, a seguinte certidão:

Certifico que, revendo os arquivos do Colégio Estadual de São Paulo, constatei que Da. Maria Zenaide Ribeiro, Professora Secundária, da cadeira de Francês deste estabelecimento, exerceu o cargo em caráter interino, desde 2.5.60 até 15.5.69."

Portanto, analogamente, a interessada era funcionária interina, ou seja, exercia cargo público.

Se conhecido, merece ser desprovido o presente recurso extraordinário.

Primeiro, porque é tranqüila a jurisprudência desse eg. Supremo Tribunal Federal no sentido de que quem não exerce cargo não pode ser efetivado. Assim, além dos próprios arestos colacionados pelos recorrentes, as decisões no RE nº 70.827 (*R.T.J.* 57/69-71), Relator o eminente Ministro Aliomar Baleeiro, e no RE nº 68.281 (*R.T.J.* 56/456-9), Relator o eminente Ministro Adalício Nogueira.

E que os recorrentes não exercem cargo público não padece a menor dúvida. A sua correta situação, em face da Administração, está precisamente caracterizada nas informações prestadas pela autoridade coatora (RE nº 74.442, fls. 84-5):

"É que, ao lado do quadro dos funcionários públicos, foi se criando outro, o dos *servidores extraquadro,* ou "extranumerários" (entre os quais, obviamente, podem ser incluídos os regentes de aulas excedentes), admitidos para o exercício de funções *não permanentes,* cuja precariedade e transitoriedade não aconselhavam a criação dos respectivos cargos".

Além disso, é tranqüilo o entendimento de que a estabilidade se dá no serviço público e a efetividade no cargo. Nesse sentido, além de preceito legal expresso (Lei nº 1.711/52, art. 82, § 2º), é uniforme a doutrina e pacífica a jurisprudência desse eg. Supremo Tribunal Federal (RE nº 68.281, *R.T.J.* 56/456, já mencionado; RMS nº 18.322, *R.T.J.* 48/480, Relator o eminente Ministro Barros Monteiro).

Foi assente nesse ponto de vista que foi editado o art. 14 das Disposições Transitórias da Constituição paulista, em plena harmonia com o art. 177, § 2º, da Constituição do Brasil de 1967.

Portanto, o preceito constitucional da Carta Magna de 1967, assegurador da estabilidade excepcional, haveria de exaurir-se, a partir da data de sua entrada em vigor, ou seja, 15.3.67, uma vez reconhecida aos interessados aquela garantia. Conseqüência é que, se o citado dispositivo não criou cargos, qualquer lei já na vigência da Constituição de 1967 que viesse a fazê-lo (inclusive lei estadual, *ex vi* do art. 188, cb 13, V), teria, no tocante ao provimento deles, de atender às regras consagradas no texto constitucional. E dentre

elas, a de que, salvo os de confiança, "a nomeação para cargo público exige aprovação prévia em *concurso público* de provas ou de provas e títulos" (art. 951, § 1º); e a de que "ninguém pode ser *efetivado* ou adquirir estabilidade, como funcionário, senão prestar *concurso público*" (art. 99, § 1º).

Acresce, no caso concreto, exigência constitucional singular, em razão de tratar-se de professores. Quanto a estes, nos termos do art. 168, § 3º, V, somente podem ser providos nos "cargos iniciais e finais das carreiras de magistério de grau médio e superior, mediante prova de habilitação, consistindo em *concurso público* de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial" (art. 168, § 3º, V).

Assim, admitida a conclusão de que, reconhecida a estabilidade, observado foi o preceito constitucional federal, tudo o mais discutido nos presentes autos concerne à aplicação da legislação local, o que obsta o cabimento do apelo extremo (*Súmula* 280). Tão claro isso se configura, no caso, que a única questão federal cabível (violação do art. 177, § 2º, da Constituição do Brasil de 1967) sequer foi ventilada pelos recorrentes em sua petição de recurso extraordinário. E não o foi porque, uma vez respeitado esse direito, deu-se exaurimento relativamente à aplicação do citado preceito constitucional, que não mais vigora.

Acentue-se que os recorrentes, embora não tenham se submetido a concurso público, foram regiamente contemplados pelo Decreto-lei estadual nº 248/70, *que lhes fixou a retribuição correspondente ao padrão do professor efetivo!*

Impõe-se, ainda, que se considere quão nefasto será, na espécie, o pretendido reconhecimento da efetividade aos recorrentes, conforme assinala a Fazenda do Estado em sua impugnação ao recurso extraordinário (RE nº 74.442, fls. 121):

"Na verdade, o que os impetrantes queriam era a integração no quadro dos "Professores Secundários", sem o concurso exigido pelo art. 168, § 3º, item V, da Constituição Federal, e prioridade para, nessa condição, permanecerem nos estabelecimentos onde estão lecionando, vale dizer, para passar na frente de milhares de professores secundários que integram a carreira, que, curvando-se a uma série de exigências legais, comportam-se pacífica e democraticamente nas longas filas dos concursos de remoção e promoção."

Em conclusão, assim se resume a controvérsia:

*a*) em 15.3.67, os recorrentes eram professores contratados como regentes de aulas excedentes e, nessa qualidade, não ocupavam cargo público, sequer interinamente;

*b*) com base no art. 177, § 2º, o estado reconheceu-lhes a estabilidade naquelas funções, não havendo, na ocasião, que se falar em efetividade por inexistir cargos públicos por eles ocupados;

*c*) a pretensão de que a eles se aplicava o art. 9º, e não o art. 14, das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de São Paulo e, conseqüentemente, que suas funções deveriam ser transformadas em cargos, pela Lei estadual nº 10.118, de 20.5.68, é matéria concernente a direito local e, portanto, insuscetível de ser objeto de recurso extraordinário;

*d*) por fim, não pode o estado ser compelido, agora, a criar, através de lei, cargos para que os recorrentes preencham, além do que essa lei, com relação ao magistério oficial de grau médio, se promulgada após 15.3.67, seria eivada de inconstitucionalidade, por violar os arts. 97, § 1º, e 168, § 3º, V, da Constituição de 1967, reproduzidos nos arts. 97, § 1º, e 176, § 3º, VI, da Emenda Constitucional nº 1/69.

É o nosso parecer. S.M.J.

Brasília, 9 de fevereiro de 1973. *Antônio de Pádua Ribeiro,* Procurador da República.

Aprovo: *Oscar Corrêa Pina,* Procurador-Geral da República, substituto."

Acolho o parecer e não conheço do recurso.

Acrescento que a mim se me afigura inútil a alegação de efetivação no caso.

Mandou a Constituição Federal que se estabilizassem nos cargos ou funções aqueles servidores que contassem, pelo menos, cinco anos de serviço público à data da Constituição.

Claro que, não ocupando *cargos,* mas exercendo *funções* de ministrar aulas excedentes, podiam os impetrantes ser estabilizados nessas funções. Podiam passar a exercê-las com o caráter de efetividade, como título com que as desempenhavam. Mas texto constitucional federal algum mandou que o estado criasse *cargos,* integrados em carreira ou não, para que os *estáveis nas funções fossem* para eles nomeados.

Improcedente a pretensão, e bem repelida, nem há dissídio regularmente demonstrado, nem negativa de vigência de lei.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 74.442 — SP — Rel., Ministro Rodrigues Alckmim. Rectes., José Otávio Zanin e outros (Adv., Raul Schwinden). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., Ricardo Mendes Leal Filho).

Decisão: Não conhecido. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro. Presentes à sessão os Senhores Ministros Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Rodrigues Alckmim, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto. Ausente, licenciado, o Sr. Ministro Luiz Gallotti, Presidente.