FUNCIONÁRIO PÚBLICO — EXTRANUMERÁRIO — NULIDADE DE INVESTIDURA NO CARGO — RECONDUÇÃO À SITUAÇÃO ANTERIOR

— Tornada sem efeito a nomeação do funcionário, tem ele direito a ser reconduzido à situação funcional anterior.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Maria José Manassés Ortiz *versus* Estado do Paraná
Recurso extraordinário nº 77.456 — Relator: Sr. Ministro THOMPSON FLORES

ACÓRDÃO

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

Brasília, 15 de abril de 1974. *Thompson Flores,* Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Thompson Flores: Promoveu a recorrente, perante a 3ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, Capital, em 13.7.66, ação ordinária contra o recorrido, na qual pediu sua condenação, *verbis,* fls. 6:

"...a reintegrar a autora nas funções que exercia junto à Consultoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem, na hipótese de não ser restaurado os Decretos n.os 34.960 e 34.961 pelos quais foi nomeada para o cargo de Assessor Técnico Jornalístico, padrão "R" e transferida para a carreira de Advogado, junto ao Departamento de Arrecadação de Rendas de Secretaria da Fazenda, com todas as conseqüências legais atinentes à reintegração, devendo o Estado do Paraná pagar também os juros de mora, custas processuais e honorários de advogado, na base de 20% sobre o valor apurado em execução".

2. Contestado e saneado o processo, a termo o sentenciou o magistrado, dando pela improcedência da demanda, fls. 105-7.

3. Apelaram ambas as partes, sendo que o réu, apenas, da parte da sentença que não condenara a autora em honorários.

4. Apreciando os recursos, após vencer a preliminar de intempestividade, houve por bem o eg. Tribunal de Justiça, por sua Segunda Câmara Civil, prover, apenas o recurso do réu.

Data o acórdão, que é unânime, de 29.11.72, assim se ementando, fls. 158:

"A primeira apelante, tendo sido dispensada em data de 5 de janeiro de 1961 e a Lei nº 4.326, que autorizava a efetivação de extranumerário, promulgada em data de 17.1.61, não ficou ela protegida com essa regalia. Apelação conhecida e desprovida. Procedência da apelação interposta pelo Estado do Paraná e cingida à condenação da verba advocatícia, devida em face da sucumbência da primeira apelante."

5. Daí o recurso extraordinário manifestado às fls. 161-8, com base nas letras *a* e *d* da permissão constitucional.

Admitido pelo despacho de fls. 175, ensejou as razões de fls. 177-86 e 188-92.

6. Parecer da douta Procuradoria-Geral da República, como segue, fls 199-200:

"É inviável o recurso (fls. 161), em face da inteira carência de prequestionamento da tese que aventa contra a v. decisão recorrida (fls. 158).

2. Com efeito, se a decisão embasou-se na única premissa de que a autora se encontrava desprotegida da lei que concedera estabilidade, posto que fora demitida dias antes da sua vigência, é inadmissível que, na via extraordinária, conteste a assertiva, em tema de que somente foi exonerada meses depois daquela vigência. Se procedentes, ou não, as razões que alega contra a decisão, decerto que a controvérsia seria própria, em última hipótese, aos embargos declaratórios, defesa a sua abordagem no extraordinário porque não prequestionada — *Súmula* 282 e 356.

3. A evidência da inviabilidade do recurso nos dispensa de consideração sobre o mérito, limitando-nos a opinar pelo seu não conhecimento.

Brasília, 27 de novembro de 1973. *José Fernandes Dantas,* Procurador da República.

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

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores (Relator): Conheço do recurso e lhe dou parcial provimento.

Faço-o para determinar seja reintegrada nas funções que exercia ao tempo da investidura nos cargos de que tratam os Decretos ns. 34.960 e 34.961, de 30.12.60, com as repercussões daí emergentes, compensados os honorários de advogado.

2. Para desacolher o pedido da autora, reconheceram, tanto a sentença como o acórdão que a manteve, que legítimo era o Decreto nº 3.148/61, que revogara os de n.os 34.960, e 34.961, através dos quais foram nomeado para o cargo de Assessor Técnico Jornalístico, transferida após para a classe "R" da carreira de Advogado, lotada no D. A. da Secretaria da Fazenda.

Nesse passo, afirmou a sentença, fls. 106:

"No caso em exame, por não ter a autora prestado concurso para o cargo para o qual foi nomeada e inexistir vaga na carreira, o Governo do Estado anulou o decreto de nomeação da autora para o cargo de Assessora Técnica Jornalística, bem como o que a transferiu para o de advogada, por considerá-los decorrentes de atos ilegais da Administração anterior.

Constitui efeito da declaração de nulidade dos atos administrativos, ainda que feita pela própria administração, retroagir a mesma à data do ato ilegal, ou, segundo o escólio de Hely Lopes Meirelles: "Reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento de invalidez opera *ex tunc,* desfazendo todos os vínculos entre as partes e obrigando-as à reposição das coisas no *statu quo ante,* como conseqüência natural e lógica da decisão anulatória" (*Direito administrativo,* 2. ed. p. 214).

E acrescentou, a seguir, fls. 106-107:

"Declarado sem efeito o decreto de nomeação, tivesse a autora estabilidade, seria caso de reintegração na função anteriormente exercida. Entretanto, não tinha, porque somente em 17.1.61, portanto, após a dispensa da autora, esta datada de 5.1.61 (fls. 13), é que surgiu a Lei nº 4.326, equiparando os extranumerários aos funcionários públicos.

Não é, ademais, possível dizer-se que a autora se encontrava em estágio probatório, porque este pressupõe nomeação decorrente de concurso e existência de vagas.

O bem lançado argumento de que, se a autora prestou serviços até 18.7.61, data do desfazimento do ato administrativo, te-

ria adquirido estabilidade, não convence, em razão da lei que equiparou os extranumerários aos funcionários, datar de 17.1.61, enquanto a dispensa ocorreu em 5.1.61. A aceitação da argumentação importaria em esquecer o princípio de que a nulidade do ato produziu efeito *ex tunc*, retroagindo, conseqüentemente, à data da nomeação e não a da que o anulou."

3. Considerando que o *ato demissório* passou a ser o de 5.1.61, fls. 13, e que por isso não poderia a autora valer-se da Lei nº 4.326/61, que equiparou os extranumerários aos funcionários públicos, atentaram os decisórios contra a Constituição, art. 153, § 3º, que assegura a respeito à *coisa julgada*, dissentindo, ademais, dos julgados invocados na petição recursal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e desta Corte, cujos destaques leio às fls. 166/67, *in R.T.*, 399/398 e *R.T.J.*, 55/602-3.

É que, ao reformar a sentença que dera pela prescrição, já reconhecera o acórdão de fls. 100-101 que o verdadeiro ato demissório era outro, afirmando, então:

"Assim decidem porque, na verdade, consoante ressaltou, com muita propriedade, a douta Procuradoria-Geral da Justiça, no parecer que emitiu às fls., "O prazo prescricional, *data venia* do entendimento do ilustre juiz *a quo*, iniciou a fluir quando da publicação do Decreto nº 3.148, em 19.7.61, de vez que esse foi o ato que implicou na demissão e constitui o verdadeiro objeto da ação proposta, na qual se alega a ilegalidade do mesmo ato, sob o fundamento de que a recorrente era funcionária estável e, assim, não poderia ser demitida sem prévio inquérito administrativo". De fato, a retrocessão da data da demissão pretendida pelo MM. Juiz não tem razão de ser, pois, *in casu*, é inaplicável o conceito externado por Hely Lopes Meirelles, quanto a conseqüência da declaração de nulidade de ato jurídico, em que se baseou a respeitável sentença recorrida."

4. Certo da *coisa julgada* não tratou o acórdão, e a ele não foram opostos embargos de declaração.

Penso, todavia, que não é o caso de aplicar-se as *Súmulas* 282 e 356.

É que a *coisa julgada* pode ser argüida em qualquer tempo e reconhecida mesmo *de ofício*, segundo a lição de Amaral Santos, recolhendo o ensinamento dos melhores doutrinadores, aceita nos Tribunais (*Direito proc. civil*, II, 1971, p. 160 e segs.).

E tal extensão deve ser admitida no próprio recurso extraordinário, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal (RE nº 66.128, de 20.8.70, Primeira Turma. RE nº 62.422, julgado em 1.12.67).

5. Por fim, é de considerar-se o restante da pretensão.

Com acerto se conduziram os arestos impugnados a respeito da validade do Decreto-lei nº 3.148/61.

Todavia, ainda que repercutindo sobre o passado, dele não é possível extrair tão profundos efeitos.

De fato.

Correta é a lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo*, 2. ed. p. 214), citada às fls. 106.

Inobstante, a reposição das coisas no *statu quo ante* deve ser tomada no seu sentido jurídico, compreensivo, frente à realidade, presentes todos os fatos.

In casu, ao tempo da investidura da recorrente nos cargos antes referidos, a qual resultou invalidada, contava ela mais de cinco anos, admitida que fora em 3.6.52, como extranumerária.

O *status quo ante*, pois, era o retorno a esta condição, pois a dispensa, fls. 13, defluiu da nova investidura, a qual tornada nenhuma tinha que arrastar consigo os óbices que motivaram a dispensa do ato de fls. 13.

Cabe, pois, à autora o direito emergente da condição a que foi reconduzida — extranumerária-mensalista.

E, como só a nova investidura é que daquela situação a afastou, nela estaria ao tempo em que adveio a Lei estadual nº 4.326/61, doze dias após, equiparando os extranumerários aos funcionários públicos, máxime que esteve sempre prestando serviços à Administração.

Conferido, assim, o tempo de serviço, mesmo como extranumerária, com os efeitos da equiparação surge cristalino o direito à estabilidade.

6. Em conclusão, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para os fins inicialmente especificados.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE nº 77.456 — PR — Rel., Ministro Thompson Flores. Recte., Maria José Manassés Ortiz (Adv., J. E. Soares de Camargo). Recdo., Estado do Paraná (Adv., Antonio Maria Rodrigues).

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Ministro Bilac Pinto, depois do voto do Relator que conhecia do recurso e lhe dava provimento parcial.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Senhores Ministros Bilac Pinto e Xavier de Albuquerque. Licenciado, o Senhor Ministro Barros Monteiro, Presidente. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Neder. Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.

VOTO

O Sr. Ministro Bilac Pinto: Data Venia, discordo do voto proferido pelo ilustre Relator Ministro Thompson Flores.

Fundou-se o voto de S. Exª, essencialmente, no acórdão do Tribunal *a quo,* que julgou não prescrita a ação, do qual transcreveu as razões de decidir, nestes termos:

"Assim decidem porque, na verdade, consoante ressaltou, com muita propriedade, a douta Procuradoria-Geral da Justiça, no parecer que emitiu às fls., "O prazo prescricional, *data venia* do entendimento do ilustre juiz *a quo,* iniciou a fluir quando da publicação do Decreto nº 3.148, em 19.7.61, de vez que esse foi o ato que implicou a demissão e constitui o verdadeiro objeto da ação proposta, na qual se alega a ilegalidade do mesmo ato, sob fundamento de que a recorrente era funcionária estável e, assim, não poderia ser demitida sem prévio inquérito administrativo". De fato, a retrocessão da data da demissão pretendida pelo MM. juiz não tem razão de ser, pois, *in casu,* é inaplicável o conceito externado por Hely Lopes Meirelles, quanto a conseqüência da declaração de nulidade do ato jurídico, em que se baseou a respeitável sentença recorrida."

Como desse aresto não foi interposto recurso, admitiu S. Exª que estava caracterizada a "coisa julgada". Sem dúvida, relativamente à prescrição da ação, há coisa julgada, porém, nada foi aí decidido quanto ao mérito, cujo conhecimento se remeteu à primeira instância.

Reaberta integralmente pelo primeiro acórdão (fls. 100-101) a discussão do mérito do pedido, não há que falar em "coisa julgada" a este atinente.

Afastada essa argüição, passaremos a examinar o acórdão recorrido e a seguir a alegação de estabilidade.

Da decisão do Tribunal *a quo,* de que se recorre, destaco a parte que apreciou o mérito:

"O acerto da sentença recorrida, quanto à improcedência da ação, é exalçada com muita propriedade pelo douto parecer da ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça nos itens 4 e 8, fls. 151 a 152. A apelante

Maria José Manassés Ortiz, tendo sido pelo ato increpado dispensada em data de 5.1.61, ficou ao desabrigo da regalia da Lei nº 4.326, autorizando a afetivação do extranumerário, e promulgada logo depois do dia 17 do mesmo mês e ano" (fls. 158-159).

Transcrevo agora o trecho do parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, a que o acórdão se reporta:

"4. No entanto, se conhecido, sou pela confirmação do decisório de primeiro grau que apreciou correta e juridicamente a espécie.

5. Na verdade, consoante bem demonstrou o Estado, a autora foi dispensada de função extranumerária em 5.1.61, por ter sido nomeada para cargo no qual inexiste vaga e cujo provimento só podia ocorrer mediante concurso, requisitos não obedecidos pela Administração, que assim praticou ato nulo.

Saliente-se que, *"nulo o ato administrativo sem validez são os seus efeitos, pois a existência de um direito público subjetivo não pode alicerçar-se em ato não legítimo"* (*R.T.*, 219/323).

6. Cumpre não esquecer, por outro lado, que os extranumerários são servidores admitidos a título precário, fora do quadro permanente, *sem direito à estabilidade*, para o desempenho de funções eventuais ou extranumerárias. A característica dessa categoria é, como salienta Hely Lopes Meirelles, a precariedade de sua admissão, o que permite à Administração dispensá-los, sumariamente, segundo as conveniências do serviço público (*Direito administrativo brasileiro*, p. 388).

7. Anote-se, ainda, a impossibilidade de contagem de tempo como extranumerário, já na vigência da Constituição Federal de 46, quando se deu a dispensa da autora.

Na verdade, "É inconstitucional o dispositivo de lei ordinária que autoriza a efetivação de extranumerário, sem concurso, contrariando o art. 186 da Constituição" (*R.D.A.*, 47/86).

Outrossim, quando dispensada a autora da função extranumerária, ainda não vigorava a Lei nº 4.326, de 17.1.61, como esclarece o Estado.

8. Não se olvide, também, que a Constituição Federal de 46 só considerava *estáveis* os funcionários *efetivos* (art. 188 seus incisos e parágrafo único)" (fls. 151-152).

Não merece censura o acórdão recorrido.

Os dois atos jurídicos de desligamento da recorrente do serviço público estadual foram ambos perfeitos e em razão deles não poderá ela reclamar qualquer direito, como se demonstrará.

O primeiro foi a Portaria nº 87, de 5.1.61, que a dispensou da função de extranumerária-mensalista, por ter sido nomeada para outro cargo.

O segundo foi o Decreto nº 3.148, de 19.7.61, que declarou sem efeito, a partir da data das respectivas publicações, os seguintes atos: o de nº 34.960, de 30.12.60, que nomeou a recorrente para o cargo de Assessor Técnico Jornalístico, Padrão "R" e o de número 34.961, da mesma data, que a transferiu daquele cargo para o de Advogado, Classe "R".

A exposição de motivos que antecede ditos atos é do seguinte teor:

"O Governador do Estado do Paraná, usando das atribuições que lhe confere o art. 48, item I, da Constituição Estadual e tendo em vista a proposta do Departamento Estadual do Serviço Público, constante do processo nº 11.561/61 — PG; e

Considerando que não só a Constituição Federal (art. 186) como a Constituição do Estado (art. 143) e bem assim a Lei nº 293, de 24.11.49 (art. 15), estabelecem a exigência de concurso para o primeiro provimento em cargo de carreira;

Considerando que a inobservância de prévia realização de concurso para a no-

meação efetiva em cargo de carreira torna nulo o ato de provimento e, conseqüentemente, insubsistente desde a sua vigência.

Considerando que o provimento dos cargos públicos em geral, qualquer que seja a modalidade, depende ainda da existência da vaga;

Considerando que a nulidade do ato de provimento vicia de igual nulidade todos os atos de provimento que lhe seguirem;

Considerando que o eg. Tribunal de Justiça do Estado teve oportunidade de se manifestar reiteradas vezes nesse sentido, através de acórdãos prolatados em mandados de segurança;

Considerando que os cargos integrantes da Parte Suplementar se destinam à vacância, à proporção que se vagarem, sendo considerado nulo qualquer ato que se destine a provê-los, em virtude daquela sua finalidade específica;

Considerando que o provimento dos cargos públicos deve obedecer a todos os demais requisitos e condições impostos pela lei, sob pena de nulidade" (fls. 20).

A justificação dos atos que tornaram sem efeito sua nomeação e sua transferência, dada sua sólida fundamentação jurídica, não foram sequer atacados na inicial.

Nesta ação alega a recorrente que tendo estabilidade na única função que exercera regularmente — a de extranumerária — no momento em que foram tornados sem efeito os atos de nomeação e de transferência para cargos de carreira, cujo provimento somente poderia ser feito após concurso, tinha o direito de ser reconduzida à função anterior.

Ainda nesse ponto, não lhe assiste razão.

Com efeito, não estava ela em gozo de estabilidade como extranumerária mensalista.

Os atos administrativos acima indicados foram praticados sob o regime da Constituição de 1946, que dispunha expressamente no parágrafo único do seu art. 188, que as normas sobre estabilidade constantes do *caput* e seus incisos I e II, não se aplicavam aos servidores de livre nomeação e demissão.

Quanto a estes últimos, a regra era a de que somente adquiririam estabilidade com 10 anos de serviço público (Constituição de 1934, art. 169; Constituição de 1937, art. 156, letra *a*, e Estatuto dos Funcionários Públicos, art. 191, II).

Ora, ao ser dispensada da função de extranumerária-mensalista em 5.1.61, a recorrente contava apenas 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 2 (dois) dias de serviço público, calculados à base do ano civil.

Se a esse tempo adicionássemos o em que exerceu ela o cargo de Advogado, classe "R", teríamos o período total de 9 (nove) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesseis) dias, insuficiente para assegurar a estabilidade.

Com esses fundamentos, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 77.456 — PR — Rel., Ministro Thompson Flores. Recte., Maria José Manassés Ortiz (Adv., J. E. Soares de Camargo). Recdo., Estado do Paraná (Adv., Antonio Maria Rodrigues).

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Ministro Xavier de Albuquerque, depois dos votos do Relator que conhecia do recurso e lhe dava provimento parcial e do Ministro Bilac Pinto que não conhecia do recurso.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Senhores Ministros Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro, Presidente. Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque: Sr. Presidente, pedi vista em virtude da dissidência que lavrou entre os votos de V. Exª e do eminente Ministro Bilac Pinto.

Data venia do eminente Ministro Bilac Pinto, a minha orientação acompanha a de V. Exª.

A recorrente deixou a primitiva função de extranumerária, apenas por haver aceito nomeação para outro cargo público. Quando ela perdeu, por vício de tal nomeação, esse outro cargo público, pareceria curial que se lhe restabelecesse a situação anterior, de extranumerário. É o que o voto de V. Exª lhe dá.

Dou provimento parcial ao recurso, para que seja a recorrente reconduzida à função anterior, sem direito a atrasados.

EXTRATO DA ATA

RE nº 77.456 — PR — Rel., Ministro Thompson Flores. Recte., Maria José Manassés Ortiz (Adv., J. E. Soares de Camargo). Recdo., Estado do Paraná (Adv., Antonio Maria Rodrigues).

Decisão: Conhecido e provido parcialmente, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Bilac Pinto.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à sessão os Senhores Ministros Bilac Pinto, Antonio Neder e Xavier de Albuquerque. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro, Presidente. Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.