— A estabilidade conferida pelo art. 172 § 2º da Constituição de 1967 aos servidores extranumerários e contratados não implica efetividade.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Álvaro Simões e outros *versus* Prefeitura Municipal de São Paulo
Recurso extraordinário nº 75 121 — Relator: Sr. Ministro
RODRIGUES ALCKMIM

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plena, na conformidade da ata de julgamento e notas taquigráficas, à unanimidade, conhecer dos embargos mas rejeitá-los.

Brasília, 28 de agosto de 1975. *Djaci Falcão*, Presidente. — *Rodrigues Alckmim*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim: Leio, do relatório feito pelo eminente Ministro Bilac Pinto na Turma, o seguinte: (fls. 116).

"O acórdão recorrido assim expôs e decidiu a espécie: "Os impetrantes, Álvaro Simões, Antonio Mendonça de Bicelli, Antonio da Silva Azevedo, Dino José Artigiani, José Renato de Oliveira e Luiz Cos-

ta, extranumerários mensalistas admitidos para exercerem as funções de Tesoureiro da Prefeitura de São Paulo, já percebendo remuneração igual à referência inicial da carreira correspondente, alegando terem sido alcançados pelo § 2º do art. 177 da CF de 1967, insurgem-se contra omissão do Sr. Prefeito desta Capital, que se recusa a *efetivá-los,* desde a vigência daquele preceito da Lei Magna, *no cargo* daquela denominação. A autoridade impetrada prestou informações, suscitando preliminar de decadência e sustentando, no mérito, a improcedência do pedido.

O parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça é pelo conhecimento e concessão da ordem.

Conhece-se do *mandamus,* uma vez que se trata de ato omissivo, cuja prática não depende de requerimento do interessado e para o qual a lei não marcou prazo. Nessa hipótese, o prazo de cento e vinte dias para o ingresso em juízo, através do *writ,* não começa a correr, senão quando a Administração Pública, por sua iniciativa, se manifesta em concreto, o que aqui não aconteceu, salvo nas informações prestadas nestes autos.

No mérito, entretanto, a segurança fica denegada. Ao contrário do que se sustenta, a Constituição Brasileira de 1967, no art. 177, § 2º, concedeu apenas estabilidade ao servidor com pelo menos cinco anos de serviço público. Podendo dar também a efetividade, assim não o fez (RT 426/51, 424/79, 423/74, 418/186, 416/149, 395/132, 242/331, 225/342, 219/166 e 215/136). Como observa Hely Lopes Meirelles "a estabilidade é um atributo pessoal do funcionário, enquanto a efetividade é uma característica do provimento de certos cargos (citando nesse particular, Alaim de Almeida Carneiro, *Estabilidade e Efetividade, in Estudos Brasileiros de Direito Administrativo,* 1957, p. 293). Daí decorre que *a estabilidade não é no cargo, mas no serviço público..."* (in *Dir. Administrativo,* 1964, p. 276). São, enfim, institutos inconfundíveis (cf. ainda Caio Tácito, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro,* XXI, p. 10).

Como os impetrantes assentam sua pretensão apenas na circunstância de serem *efetivos no cargo em decorrência de serem estáveis,* tem-se que, arredado esse pressuposto, aquela conclusão também se desmerece. Ademais, no caso, os impetrantes são extranumerários, exercem função, não ocupam cargo algum. Para o atendimento do seu pedido seria necessário a criação de cargos, o que é defeso ao Judiciário. Pelo exposto, conhece-se da impetração, mas denega-se a ordem requerida, condenando-se os impetrantes nas custas". (fls. 68-69).

Contra essa decisão os sucumbentes manifestaram recurso extraordinário com apoio nas letras *a, c* e *d,* do permissivo constitucional.

Foi sustentada a violação do art. 177, § 2º, da Constituição de 1967 e divergência com os acórdãos do Supremo Tribunal Federal proferido nos recursos: RE 69 372 (*R.T.J.,* 58/112); RE 69 989 (*R.T.J.,* 55/877) e RE 70 794 (*R.T.J.,* 60/747).

A Procuradoria-Geral da República, em parecer do Procurador Antonio de Pádua Ribeiro, subscrito pelo Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina, opinou pelo não conhecimento do recurso, reportando-se à opinião emitida nos RES. 74 315, 74 442 e 74 768.

Conquanto no presente caso se cuide de Tesoureiros da Prefeitura que, depois de obtida a estabilidade com fundamento no § 2º, do art. 177 da Constituição de 1967, reclamam a efetividade no cargo daquela denominação e nos a que se refere o parecer da Procuradoria-Geral da República se trate de professoras, também estáveis

com apoio na mesma norma constitucional, a que igualmente reclamam efetividade, a matéria de mérito é a mesma, como se poderá verificar de seus termos."

E transcreveu, o relatório, o parecer a que se referiu.

E a seguir proferiu o eminente Relator voto, conhecendo do recurso pela divergência, mas negando-lhe provimento, pelos fundamentos do parecer, inclusive pela consideração dele constante que *tranqüila é a jurisprudência* no sentido de que *quem não exerce cargo não pode ser efetivado.*

Tomou, o acórdão, a seguinte ementa:

"Funcionalismo. Estabilidade. Efetividade. Constituição de 1967.

A estabilidade conferida pelo art. 177, § 2º da Constituição de 1967 aos servidores extranumerários e contratados não implica em efetividade. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso conhecido e desprovido".

Nos presentes embargos se alega divergência com as decisões nos RE 69 989 e 69 372 (que asseguraram o conhecimento do extraordinário pela Turma) e, no RE 72 631 (Pleno), protestando-se pela juntada de certidão deste aresto, logo que publicado.

Admitidos os embargos para discussão, não foram impugnados. A Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Antonio de Pádua Ribeiro, aprovado pelo então Procurador e hoje eminente Ministro Moreira Alves, é pelo não conhecimento ou pela rejeição dos embargos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim (Relator): Conhecido que foi o recurso extraordinário pela divergência, admito o conhecimento destes embargos, diante da invocação dos mesmos padrões apreciados pela Turma.

Rejeito-os, porém.

Nos RE 74 435 e 74 899 se assentou que "pressuposto mínimo para o reconhecimento da efetividade é a existência de cargo. Se não há cargo, não há como proclamá-la (Segunda Turma). No RE 73 546, entendeu a Primeira Turma que o texto constitucional não mandou que o Estado criasse cargos, integrados em carreira ou não, para que os estáveis na função fossem para eles nomeados". Negou, assim, a pretendida efetividade. No mesmo sentido, o acórdão no RE 74 442 (Primeira Turma). Ainda na Segunda Turma, o eminente Ministro Thompson Flores, ao julgar o RE 76 988-SP ponderou: ... "o exame dos paradigmas evidenciou que cuidam eles de hipóteses diversas. Nota-se em cada um a assinalar, ao conceder a efetividade, que o *cargo* ocupado ao advento da Carta de 1967 existia, era de provimento efetivo, estava vago e vinha sendo ocupado, em alguns, não em todos, há mais de cinco anos".

Tenho, portanto, pela fundamentação desses precedentes, que adoto, que inadmissível é pretender efetivação em cargos inexistentes. O benefício a que fazem jus os autores é o da estabilidade nas funções.

Rejeito os embargos.

EXTRATO DA ATA

ERE 75 121 — SP — Rel., Ministro Rodrigues Alckmim. Embtes., Álvaro Simões e outros (Adv., Carlos Eduardo de Barros Barreto). Embda., Prefeitura Municipal de São Paulo (Adv., Luiz Antonio Ambra). (Dec. embda. Segunda Turma, em 21.5.73).

Decisão: Conhecidos e rejeitados, unanimemente. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Antonio Neder.

Presidência do Sr. Ministro Djaci Falcão. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Cunha Peixoto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bilac Pinto. Procurador-Geral da República o Dr. Henrique Fonseca de Araújo.