FUNCIONÁRIO PÚBLICO — ATO DISCIPLINAR — EXAME DOS MOTIVOS

— O Judiciário pode e deve examinar o motivo ou mérito do ato administrativo, no que não for estritamente discricionário.

Comprovado às escâncaras o estado de doença prolongada que acometeu o servidor, não poderia a Administração, a seu nutum, *desconsiderando os motivos que o impediram de comparecer ao serviço, sem processo administrativo, a lhe garantir ampla defesa, exonerá-lo mesmo porque estável, já que sob a égide da Constituição Federal pretérita que, em seu art. 100, assim dispunha: "Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso." Assim é que todo o lapso temporal em que se encontrava o servidor em licença médica há de ser considerado como em exercício.*

Recurso provido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso em Mandado de Segurança nº 866
Recorrente: Virgílio Egydio Lopes Enei
Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Recorrida: Municipalidade de São Paulo
Relator: Sr. Ministro GERALDO SOBRAL

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1991. (Data do julgamento) — *Pedro Acioli,* Presidente. *Geraldo Sobral,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral: Virgílio Egydio Lopes Enei impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que o exonerou (procurador concursado que era) dos quadros daquele órgão, no interesse do serviço público.

O colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, denegou a ordem, às seguintes considerações:

a) ser vedado ao Judiciário analisar os motivos do ato disciplinar;

b) não caracterizar a licença médica tempo de efetivo serviço, interrompendo, destarte, o estágio probatório, por isso que legitima a sua exoneração, independentemente de processo administrativo.

Inconformado, o sucumbente entrou com o presente recurso ordinário, com espeque

no art. 105, II *b* da Constituição Federal aduzindo, em síntese, que a sua exoneração padeceu de vício uma vez que, admitido no Tribunal em 7 de agosto de 1986, sendo exonerado via procedimento sumário, por ter faltado ao serviço por mais de 30 dias, a contar de 14.7.86, no dia seguinte ao término de sua licença médica, já era estável, impondo-se, destarte, se lhe desse ampla defesa através de processo administrativo. Ademais, aduz, houve erros de forma no referido procedimento sumário, dentre os quais a falta de seu interrogatório e a sua ausência na inquirição de testemunhas de acusação e que, estando doente, não podia, como atestam os vários laudos médicos, comparecer ao serviço. Assim, a sua exoneração, confirmada pelo v. aresto recorrido, olvidou a regra dos arts. 17 e 65, *caput* do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei nº 8.989/79) e malferiu a Constituição então vigente, art. 100.

Impugnação às fls. 271-5, pela mantença do r. decisório recorrido.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Geraldo Sobral (Relator): Adoto, como razão de decidir, o judicioso pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do seu culto Subprocurador-Geral, Dr. Getúlio Velasco Cantanhede, *in verbis:*

"Em nosso entender, tem razão o recorrente, na sua irresignação.

Para a denegação do *mandamus,* o acórdão recorrido afastou os defeitos de forma alegados, partiu do pressuposto de que é vedado ao Judiciário analisar os motivos do ato disciplinar, e depois considerou como questão nuclear ao deslinde da controvérsia saber se a licença médica tirada pelo recorrente poderia, ou não, ser computada no prazo de dois anos do estágio probatório para efeito de aquisição de estabilidade no serviço público.

Entendendo que a licença médica interrompeu o estágio probatório, porque a lei exige *efetivo serviço,* julgou não ter o recorrente adquirido a estabilidade, daí ter sido legítima a sua exoneração por conveniência do serviço público, independentemente de processo administrativo.

Não nos parece acertada a solução dada à lide pelo Tribunal recorrido.

Conforme é sabido na doutrina e tem tido acolhimento na jurisprudência, o motivo do ato disciplinar pode ser aferido pelo Judiciário, toda vez que ele não corresponda ao conteúdo da sanção administrativa.

Se um funcionário é acusado de ter cometido peculato, que é o pressuposto de fato (motivo) da sanção disciplinar, e, visando desconstituir o ato punitivo, alega que não o praticou, e se o fez foi por justa causa, coação ou por outro motivo determinante da exclusão da culpabilidade, o Judiciário pode examinar a realidade fatual, para verificar se é exata ou não a alegação, e, em sendo, declarar a nulidade de tal ato. Em suma, pode e deve examinar o motivo toda vez que for imprescindível ao exame da legalidade do ato administrativo, punitivo ou não.

É que, no dizer de Vitor Nunes Leal (*Problemas de direito público,* p. 256/77), 'a legalidade do ato administrativo compreende não só a competência para a prática do ato e suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei, como vinculadora do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei como o que se baseie num dado que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele cons-

titui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente'. Por outro lado, o exame dos motivos, permitido em mandado de segurança, constitui, no ensinamento desse autor, exame de mérito, mas daquela espécie não interdita ao Judiciário, porque nem todo o exame de mérito está excluído da noção de legalidade. Há questões de mérito que exorbitam da legalidade, como há questões de mérito que se inserem no conceito de ilegalidade. O mérito exorbitante da legalidade é constituído justamente pelo conteúdo discricionário (conveniência, oportunidade, razoabilidade, etc.) que pode existir mesmo nos atos administrativos vinculados' (p. 266). Ou, no dizer de Castro Nunes, citado por Vitor Nunes Leal, '(...) a apreciação no mérito interdita ao Judiciário é a que se relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente'.

José Cretella Júnior ensina, por sua vez, que o mérito não se apresenta com o mesmo sentido do direito processual, onde constitui a substância da lide; é apenas um elemento eventual e restrito do ato administrativo; o mérito está em conexão com o motivo e objeto do ato administrativo; faz parte do exame da legalidade. 'A verdade é que nem todo exame de mérito está excluído da legalidade' (*Do desvio de poder*, p. 49-50).

No caso concreto, portanto, visto que o Judiciário pode examinar o motivo, mérito, de ato administrativo, no que não for estritamente discricionário, o acertamento da controvérsia dependia de verificar se o recorrente faltou ao serviço por justa causa ou não, de modo a investigar-se o fundo do direito, e não enfocar-se apenas um dos ângulos da questão, limitando-se a apurar se a licença médica era imprestável ou não para a interrupção do estágio probatório.

Tendo isso como assente, não há a menor dúvida, através do exame das provas, que o recorrente, desde 14.3.87, conforme relatório médico de fl. 32 v., da Secretaria de Higiene e Saúde da Prefeitura Municipal, estava doente, sendo que começou a faltar no serviço a partir de 23.3.87 (fl. 28). Dando conta dessa doença prolongada, há, ainda, o atestado médico do Dr. Carlos Alberto de Castro Cerqueira, certificando que o recorrente esteve sob seus cuidados médicos desde março/87 (fl. 55).

Confirmam também o estado doentio do recorrente o Juiz de Direito Dr. Caetano Lagrasta Neto (fl. 37), o Procurador Municipal Dr. Sérgio Lazzarini (fls. 40-1), e o Dr. Silvino Alves de Carvalho, este informando que em março/87 o recorrente estava acamado, impossibilitado de trabalhar, e, em abril, atacado de hepatite.

O recorrente entrou de licença médica em agosto/87 (fl. 83), sendo vários os documentos nos autos demonstrando as internações dele em hospitais (fls. 47, 50, 51, 63) da cidade de São Paulo, a mostrar que a falta ao serviço público se deveu, realmente, a um estado de doença prolongado.

Ressalte-se que o estado de saúde doentio do recorrente foi reconhecido até por uma Comissão Processante, no seu relatório, sobre o procedimento sumário instaurado para a apuração das faltas, opinando pelo arquivamento, em razão de ter considerado justificadas as ausências ao serviço (fl. 70).

No entanto, ao depois, a Administração entendeu necessária instauração de processo administrativo, por considerar o recorrente estável, sob o entendimento de que a licença médica não interrompera o estágio probatório. Mas, em vez de ser instaurado esse processo, a Secretária Processual, Dra. Vanda de Oliveira Pasqualini, deu parecer contrário, considerando válido o procedimento sumário instaurado, julgando ter a licença médica interrompido o prazo do referido estágio, mas divergindo quanto à conclusão da Comissão Processante, opinando pela exoneração do recorrente, pela ausência de estabilidade deste.

Ora, esse parecer, apesar de opor-se à conclusão opinativa da Comissão processante, não infirmou, a nosso ver, a realidade, ou seja, não demonstrou que o recorrente não estivera doente em março/87.

A justa causa para a falta ao serviço está caracterizada, não podendo exonerar-se o recorrente por esse fundamento, tal como aconteceu.

É que, mesmo no estágio probatório, a Administração só pode exonerar o funcionário desde que aponte e comprove as faltas que repute incompatíveis com esse estágio; não pode exonerá-lo sem motivo, senão campearia a puro subjetivismo, a arbitrariedade. E, verificado o motivo, há ainda que saber se milita a favor do funcionário justa causa, a obstar o afastamento do serviço público.

Por outro lado, se admitir-se que inexiste justa causa (doença prolongada) para anular-se a exoneração perpetrada, sob o ponto de vista formal, entendemos que, conforme demonstrado nos autos, via parecer do Dr. João Lopes Guimarães, o caso não era de instauração de procedimento sumário, mas de processo administrativo, daí em conseqüência ser nulo o ato exonerativo.

É que, dizendo a Constituição anterior (art. 100), 'Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso, resulta que o tempo da licença médica é computado como de serviço público, tal como ocorre com as férias.

Na Carta Magna atual, consoante demonstrado no aludido parecer, a dicção é diferente, dizendo só haver estabilidade após dois anos de *efetivo exercício* (fl. 216), o que é diferente de tempo de serviço, que compreende até o de vínculo trabalhista (fl. 218).

Correto o parecer quando conclui: 'Assim é que o consulente, tendo completado seu tempo sob a vigência da ordem constitucional anterior, todo esse lapso temporal em que se encontrava em licença médica é considerado como em *exercício* para os efeitos do estágio probatório' (fl. 219).

O parecer, em conseqüência, é pelo provimento do recurso ordinário, para o fim de anular a exoneração impugnada, seja porque está justificada a ausência ao serviço, seja por não ter-se instaurado processo administrativo para a apuração da falta administrativa, em razão de ser estável o recorrente" (fls. 315/20).

Isto posto, dou provimento ao recurso para anular a exoneração, e determinar o retorno do servidor ao referido cargo.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente. Embora tenha uma certa ojeriza por atestados médicos, porque é sabida a facilidade com que alguns médicos dão atestados, muitas vezes, falsos, neste caso, o atestado não sofreu sequer impugnação. Sendo assim, não há por que negar o direito ao recorrente.

Acompanho o eminente Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA ATA

RMS nº 866 — SP — (9126468) — Rel.: Ministro Geraldo Sobral. (Recte.: Virgílio Egydio Lopes Enei. T. Origem.: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Recda.: Municipalidade de São Paulo. Advs.: Drs. Alfredo Walter Lambiase e outros e José de Araújo Novaes Neto.

Decisão: a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Ministro Relator (em 17.6.91 — Primeira Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli.