

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — EXTRANUMÉRARIO — EFETIVAÇÃO

— A estabilidade assegurada no art. 177, § 2.º, da Constituição de 1967, reiterada no art. 194 da Emenda n.º 1/69, não se estende a servidores extranumerários.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
versus Irineu Santili e outros
Recurso Extraordinário nº 91 349 — Relator: Sr. Ministro
RAFAEL MAYER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 24 de fevereiro de 1981. — Antonio Neder, Presidente. Rafael Mayer, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Os autores, funcionários extranumerários mensalistas da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, ajuizaram ação ordinária contra a mesma, objetivando compeli-la a lhes reconhecer a estabilidade funcional, assegurada pelo art. 177 da CF/67, pois à data da sua promulgação já haviam sido admitidos no serviço público.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação, considerando que a citada regra constitucional “não poderá ser reconhecida em benefício dos autores por isso que a legislação anterior assegurando as respectivas estabilidades depois de cinco anos de exercício de cargo público, aplica-se somente aos funcionários efetivos sem concurso (art. 188, II, da Constituição federal de 1946). E efetivos sem concurso os autores não eram, mas sim extranumerários mensalistas, sem que houvessem outrossim sido nomeados após concurso para esse fim específico.”

O egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil reformou a sentença, em parte, dando provimento ao recurso de dez dos autores que, não tendo optado por outro regime funcional como fizeram os demais, permaneceram no exercício da função. Quanto a estes, assim entendeu o Tribunal:

“Conforme o que anota Hely Lopes Meirelles, durante a fase que antecedeu a Constituição federal de 1969 o legislador ordinário contornava a exigência de concurso para ingresso no funcionalismo público, editando disposições que equiparavam os extranumerários com os servidores nomeados em caráter efetivo, concedendo-lhes estabilidade assim que atingiam determinado tempo de serviço (*Direito administrativo brasileiro*. 2. ed., 1966, p. 376).

Desta forma, suprimia-se o concurso, muito embora fossem criados os cargos e nomeados servidores a título precário, já que assim se traduz essa categoria de pessoal instável. Muitos, em virtude de lei ou de demandas, acabaram por se tornar estáveis, ingressando definitivamente no quadro. Ora, criado o cargo, não havendo quem o ocupe, o que para ele for nomeado, não sendo interino e nem comissionado, já o faz em caráter efetivo dado que a efetividade, “embora se refira ao funcionário, é apenas um atributo do cargo” como acentua o referido autor (op. cit. p. 369).

Ainda que o extranumerário, ao contrário do concursado, seja demissível *ad nutum*, conforme alcançava à época anterior à Constituição de 1969, cinco anos de serviço, adquiriria direito à estabilidade. Esse período

era maior do que aquele previsto para o servidor concursado, ou melhor, dois anos de estágio probatório, exatamente em razão da nomeação precária e bastava superar esse tempo com aproveitamento razoável, para que alcançasse a estabilidade de direito.

A disposição do § 2º do art. 177 da Constituição de 1967, assegurou estabilidade aos servidores que contassem à época de sua promulgação, pelo menos cinco anos de serviço público, ressalvando no *caput* do artigo, *in fine*, o direito dos funcionários já amparados pela legislação anterior, admitindo pois a ultratividade.

O art. 23 do ADCT anexo à Constituição de 1946 concedia direito de equiparação aos funcionários públicos para os extranumerários que exerciam função de caráter permanente por mais de cinco anos, o que quer dizer que se poderiam considerar estáveis, os que estivessem nessas condições.

Por outro lado, considerava o inciso II do art. 188 da Constituição federal de 1946, estáveis, os funcionários efetivos sem concurso, vendo-se do art. 10º do ADCT anexo à Constituição paulista de 1967 que os extranumerários com mais de dois anos de contínuo e efetivo exercício no serviço público estadual, dispensados sem processo, seriam readmitidos e enquadrados nas disposições do art. 9º. Admitia-se, portanto, a estabilidade aos extranumerários, desde que completassem o tempo para a sua aquisição e para aqueles que haviam superado os dois anos, a Constituição estadual os considerava efetivos, uma vez que o § 1º do art. 9º determinava que a relação nominal e das funções dos servidores, deveria ser enviada ao governador, com proposta de ampliação do quadro de seus funcionários.

Vale dizer que se ainda não criados os cargos ocupados pelos extranumerários, sê-lo-iam a seguir e assim, já contavam com os seus titulares, estáveis ou não.

A equiparação ganhou maior força em razão dessa disposição e os servidores precários (extranumerários), passaram a ser efetivos, muito embora a estabilidade ficasse em aberto para ser examinada caso por caso.

E com tal equiparação (de resto, a tendência geral de várias leis era nesse sentido), a

disposição do inciso II do art. 188 da Constituição federal de 1946, isto é, quando fala da estabilidade assegurada aos funcionários efetivos sem concurso, deve ser entendida como cabível também aos extranumerários, até porque os seus cargos acabaram por ser criados, e dentro do quadro do funcionalismo, acrescentando-se que se tratava de cargos isolados e não de carreira, como se verifica da qualificação dos autores.

Desta maneira, o fundamento principal da respeitável sentença há que ser revisto, uma vez que os autores, extranumerários, se equiparavam aos funcionários públicos sem concurso, para fins de estabilidade e outros direitos que lhes são conferidos."

Daí o recurso extraordinário da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, sustentando ofensa ao art. 177 da CF/67, atual art. 194 da EC nº 1/69, além de dissídio com acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Em resumo, alega que os autores jamais foram nomeados para qualquer cargo, uma vez que estes não existem na Universidade. Se não foram nomeados não são funcionários, pois não exercem cargo público efetivo de nomeação por autoridade competente. Assim não podem invocar o benefício da legislação anterior, consubstanciada no art. 188 da CF/46, que assegura a estabilidade.

O recurso foi inadmitido pelo despacho do eminente vice-presidente do Tribunal, em razão dos vetos contidos no art. 308, inc. IV, *d*, e VIII, do RI-STF, ausentes as excludentes de inadmissibilidade que o possibilitariam. Subiu pelo provimento dado ao Ag. nº 75 923.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Não prevalecem, na espécie, os óbices regimentais à admissibilidade do extraordinário, como pareceu ao venerável despacho indeferitório, corrigido pelo provimento dado ao agravo de instrumento, quais seriam os do art. 308, IV, *d* e VIII do antigo Regimento Interno. Em que pesem o objeto da ação e o valor da causa, que suscitariam aquelas incidên-

cias, estão superadas pela pertinência da arguição do tema constitucional, essência da controvérsia do venerável acórdão recorrido, representado na aplicabilidade do art. 177 da Constituição.

É pressuposto incontroverso que os Recorridos são extranumerários mensalistas, exercendo nesse regime, funções diversas na universidade estadual, ao tempo em que promulgada a Constituição de 1967. Não buscam beneficiar-se da estabilidade conferida pelo art. 177, § 2º desse diploma constitucional, nem nisso consente o acórdão recorrido, posto que, ao advento da norma constitucional, ainda não contavam com o decurso de cinco anos de serviço público.

Todavia, o acórdão recorrido lhes reconheceu a pretensão de estarem sob o amparo da parte final do art. 177 da Constituição de 1967, reiterada no art. 194 da Emenda nº 1, e por se encontrarem no curso de aquisição de estabilidade, à data da norma, esta lhes fora antecipada.

Com efeito, o plenário desta Corte, endossando entendimento vigente na administração pública, assim decidiu, por maioria de votos no RE nº 81 954, bem resumida na ementa desse acórdão a tese prevalescente, *in verbis*:

“Estabilidade de funcionários amparados pela legislação anterior à Constituição de 1967. A ressalva contida no seu art. 177, *caput*, segunda parte, alcançou não apenas os que, à data de sua vigência, já houvessem adquirido tal estabilidade, como também aqueles que a estivessem adquirindo. Votos vencidos. Recurso extraordinário conhecido, em parte, mas não provido” (*RTJ*, 78/588).

Louvando-se nesse precedente, o venerável acórdão paulista, no entanto, extrapolou das raízes de sua interpretação, dando elastério inoportuno ao dispositivo constitucional.

Diversamente do § 2º, com abrangência endereçada aos servidores públicos, de modo geral, sem discriminação quanto a suas categorias, o *caput* do art. 177, contempla apenas os funcionários públicos, distinção que, posta no mesmo contexto, não poderia ser despicienda. Por isso que correta a exegese que apreende, no preceito, o propósito de emprestar ultratividade ou sobrevivência ao

regime do art. 188, II, da Constituição de 1946, atributivo da estabilidade, aos funcionários efetivos, depois de cinco anos de exercício, ainda que nomeados sem concurso. E essa garantia tinha sua razão em que a nova sistemática constitucional abolia a possibilidade de nomeação efetiva sem concurso e de conseqüente estabilização, o que, por si mesmo, refluiria no sentido de obstar a obtenção do benefício aos que sendo efetivos, na data da Constituição, não houvessem alcançado o decurso de tempo.

O extranumerário, porém, não está compreendido na previsão dessa norma, que tem aplicação restrita ao funcionário público. Classificável como servidor, no sentido amplo, a ele somente se aplicará o § 2º do art. 177, portanto na situação definida, à data do preceito.

O acórdão paulista faz menção a dispositivos que ofereceriam suporte ao curso de estabilidade em que se encontrariam os recorridos, mas de modo incondizente com a norma em causa. Pois o art. 23 do ADCT de 1946 exauriu, no momento, a sua significação normativa, concedendo estabilidade aos que eram extranumerários à época. E a legislação paulista invocada, inclusive o art. 10 do Ato das Disposições Transitórias, aliás julgado inconstitucional por esta Corte na Representação nº 753, mesmo que pudesse ser tomada como suporte, é posterior à promulgação da Constituição de 1967, o que faria desservir ao propósito.

Assim, posto em confronto com a interpretação dada por esta Corte, o tribunal paulista, ao dar extensão ao art. 177 da Constituição de 1967, de modo a alcançar extranumerários, desamparados de legislação anterior que lhes conferisse estabilidade, contrariou o dispositivo constitucional que delimita claramente o benefício aos funcionários públicos já amparados e com a estabilização em curso.

Por isso, conheço e dou provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau, julgando a ação improcedente.

EXTRATO DA ATA

RE nº 91 349-1 — SP — Rel.: Min. Rafael Mayer. Recte.: Universidade Estadual

Paulista Júlio de Mesquita Filho (Advts.: Paulo César Nogueira Salles, Sandra Julien Miranda e outros). Recdos.: Irineu Santili e outros (Advts.: Raul Schwinden Júnior e outro).

Decisão: conheceu-se do recurso e a ele se deu provimento, nos termos do voto do

Ministro Relator. Decisão unânime. 1ª Turma. 24.2.81.

Presidência do Sr. Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Srs. Ministros Cunha Peixoto, Soares Muñoz e Rafael Mayer. Subprocurador-Geral da República, o Dr. Francisco de Assis Toledo.