

O Extranumerário e a Perda da Estabilidade

CAIO TÁCITO

O ARTIGO 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias conferiu estabilidade aos extranumerários que exercessem função permanente há mais de cinco anos.

Interpretando o preceito constitucional, sustentou o D.A.S.P., não somente em Exposições de Motivos n.ºs. 891, de 27 de setembro de 1948, e 1.086, de 9 de dezembro do mesmo ano, como em sucessivos pareceres do seu Consultor Jurídico efetivo, Dr. Carlos Medeiros Silva, que a aceitação de outra função instável importava a renúncia da estabilidade adquirida por via constitucional.

Contudo, a partir da Exposição de Motivos n.º 287, de 11 de abril de 1950, começou a variar o entendimento uniforme da matéria, até que se instaurou, com o endosso do então Consultor-Geral da República, a tese contrária que, tendo merecido a aprovação do Senhor Presidente da República, veio a se traduzir na Circular D.P.-1, de 27 de janeiro de 1951, segundo a qual, tanto o extranumerário amparado pelo artigo 23 do A.D.C.T., como o funcionário estável, na forma do art. 188 da Constituição, que viessem a aceitar admissão em função de extranumerário, conservariam a estabilidade ("Revista de Direito Administrativo", vol. 24, pág. 279).

A atual administração do D.A.S.P. logo reagiu, porém, contra essa deturpação dos princípios jurídicos que, tradicionalmente, orientavam a jurisprudência administrativa, firmando, em Exposição de Motivos n.º 296, de 10 de abril de 1951, o seu repúdio ao critério que, singularmente, se alterara na fase final do anterior governo da República.

Nesse documento, em seguida ao histórico do assunto, assim se exprimiu o Sr. Diretor-Geral do Departamento:

"Como acaba de ser exposto, todavia, o ponto de vista constante e uniforme deste Departamento, sustentado em várias oportunidades, é de que não pode ser reconhecida a estabilidade do servidor estável que aceita função não efetiva."

E, mais além, invocando o princípio estatutário do art. 192, § 2.º, de que a estabilidade se refere ao serviço público, e não ao cargo, acrescenta:

"Daí não se pode concluir que possa o funcionário conservar a estabilidade quando provido em função precária. A aceitação importa na renúncia da estabilidade desfrutada.

Esse é o ponto de vista deste Departamento, a despeito do pronunciamento ora contestado, que não se harmoniza com a nossa melhor jurisprudência e que não pode ser ratificado" (*Revista de Direito Administrativo* — vol. 25, pág. 286).

Ouvido a respeito, o atual Consultor-Geral da República, em substancioso parecer, consolidou as razões expostas pelo D.A.S.P. e reforçou a necessidade de revigorar a legítima doutrina, de que, eventualmente, se afastara a administração.

Relembrando seus pronunciamentos quando em exercício na Consultoria Jurídica daquele Departamento, evidenciou o equívoco em que se louvara o seu ilustre antecessor e terminou enunciando a sua conclusão:

"é meu parecer que o reexame da matéria solicitado pelo Diretor-Geral do D.A.S.P., se impõe, para restabelecimento da tese de que haverá perda de estabilidade adquirida sempre que a nova função, por sua caracterização legal, seja incompatível com a estabilidade, ressalvados os casos estritos de melhoria de salário, acesso, transformação e transferência *ex-officio*, quando se tratar de extranumerários estáveis; em se tratando de funcionário, em todos os casos, porque perdendo o cargo, por incompatibilidade de acumulação, perde também a estabilidade que não pode sobreviver se o novo exercício é por natureza precário e êle não conserva o anterior, por vedação constitucional e legal (Parecer 12-T, de 23 de maio de 1951 — "Pareceres do Consultor-Geral da República" — CARLOS MEDEIROS SILVA — vol. I, pág. 45; *Revista de Direito Administrativo* — vol. 25, págs. 286/5).

Tendo sido aprovado pelo Senhor Presidente da República, em despacho de 9 de junho de 1951, publicado no "Diário Oficial" de 5 de julho do mesmo ano, o critério condensado na conclusão do parecer, tornou-se norma vinculadora que, por força do ato decisório, deve, obrigatoriamente, ser respeitada, salvo se revogada em nova decisão presidencial.

O parecer do eminente Consultor-Geral da República não se limita a impugnar a tese então dominante por sua inconveniência ou inoportunidade. Partindo de pressupostos constitucionais, fulminou-a por incompatível com os requisitos legais que são elementares à existência do ato administrativo. Não foram razões de mérito, mas condições de legalidade que inspiraram a nova manifestação administrativa. O ato administrativo precedente não foi, em suma, revogado, mas anulado.

Ensina, a propósito, com sua habitual lucidez, o emérito SEABRA FAGUNDES:

“A revogação opera da data em diante (*ex-nunc*). Os efeitos que a precederam, êsses permanecem de pé. O ato revogado, havendo revestido todos os requisitos legais, nada justificaria negar-lhe efeitos operados ao tempo da sua vigência.

Em se tratando de anulamento, a situação se oferece diferente. E' que êste, tendo origem em vícios na formação do ato, ou seja, na sua inconformidade com a lei, importa em afirmá-lo ilegal, e, por isto mesmo, sem vida jurídica.

Ora, sendo assim, há de concluir-se pela impossibilidade de gerar efeitos, pois o que é nulo é juridicamente inoperante. A pronúncia da nulidade opera *ex-tunc*. Se o ato, desde a origem, carece de validade, não pode haver gerado direito para ninguém.”

(*Revista de Direito Administrativo* — vol. III, página 7).

Desajustado à lei, o ato ilegal não deixa, após o seu desfazimento, qualquer resquício jurídico. O vício intrínseco que o contamina faculta à administração revê-lo *ex-officio*, expungindo-lhe tôdas as conseqüências materiais.

Consulte-se, nesse sentido, o excelente parecer de CARLOS MEDEIROS SILVA (“Pareceres do Consultor-Geral da República” — vol. I — pág. 190 e seg.), calcado em larga cópia de opiniões nacionais e estrangeiras, às quais se poderão acrescentar outras de igual autoridade.

Mesmo no direito francês, em que a jurisprudência do Conselho de Estado admite, em certos casos, a convallescença do ato irregular pela caducidade do prazo de recurso por excesso de poder, consagra-se, pacificamente, o efeito retroativo do ato anulatório.

Eis a lição recente de ANDRÉ DE LAUBADÈRE:

“Lorsque l'acte administratif est irrégulier c'est le principe inverse du précédent qui prévaut: l'acte irrégulier peut être rapporté pour l'avenir et même retiré rétroactivement par son auteur” (*Traité élémentaire de Droit Administratif* — 1953, pág. 186).

Também assinalam PAUL DUEZ e GUY DE-BEYRE:

“Cette proposition est évidente: si la situation juridique particulière n'a pas été créée régulièrement, elle n'est pas l'expression concrète du droit. Il n'y a pas de devoir juridique de la respecter; les gouvernants et les agents pourront juridiquement la méconnaître” (*Traité de Droit Administratif* — 1952, pág. 214).

Reforça SANTI ROMANO a inteligência de que, pela anulação, desaparecem os efeitos tanto futuros, como pretéritos, do ato administrativo ilícito:

“Infine, per quanto riguarda gli effetti dell'annullamento, è da ricordarsi che questo spiega la sua efficacia non *ex-nunc*, cioè dal momento in cui è pronunciato, ma *ex-tunc*, cioè *distrugge* l'esistenza dell'atto amministrativo sin dal momento in cui è sorta la sua invalidità” (*Scritti Minori* — vol. I — *Diritto Amministrativo* — 1950, página 333).

SANDULLI, depois de conceituar a revogação e a reforma do ato administrativo, distingue-as, quanto aos seus efeitos, da anulação:

“Gli atti fin qui considerati fanno venir meno *ex-nunc* l'efficacia di quello sul quale operano. Agisce invece *ex-tunc* l'annullamento, il quale quindi può operare non soltanto sugli atti a efficacia prolungata, ma anche su quelli a efficacia istantanea” (“*Manuale di Diritto Amministrativo*” — 1952, pág. 248).

Não vale alegar, no caso, o precedente firmado com o Parecer n.º 4-T, do Sr. Consultor-Geral da República, sustentando que a modificação da jurisprudência, tanto administrativa, como judicial, não obriga à revisão dos atos administrativos já consumados (“Pareceres do Consultor-Geral da República” — CARLOS MEDEIROS SILVA — vol. I — p. 14).

A manifestação do eminente jurista envolvia hipótese diversa em que, tendo variado a apreciação do mérito do ato, operou-se a revogação da norma de conduta da administração. Salientou o ilustre opinante, com apoio em Seabra Fagundes e em acórdão do Supremo Tribunal Federal:

“E' sabido que os atos administrativos não se anulam quando, *sem mácula de ilegalidade*, criam situações jurídicas.”

A ressalva explícita evidencia, com exatidão, que não poderá vigorar aquêle entendimento quando o ato criticado violou as fronteiras da legalidade. Os princípios da estabilidade e segurança do comércio jurídico tornam imperativo que as decisões administrativas não se modifiquem, ao sabor de novos critérios e pontos de vista. O interesse da permanência e equilíbrio das situações constituídas não se sobrepõe, no entanto, às exigências do requisito da legalidade da ação do Poder Público, que é um dos fundamentos do Estado de Direito. O ato ilegal é irritado e nenhum, não sendo possível consolidar resultados feridos dêsse vício insanável.

A decisão anulatória de 9 de junho de 1951, publicada a 5 de julho do mesmo ano, não deve ser observada somente *ad futurum*, mas abranger, por igual, os casos em que, anteriormente, se verificou a passagem de um cargo efetivo para uma função de extranumerário. A declaração de nulidade do despacho que havia acolhido a exegese espúria pulveriza-o em tôdas as suas conseqüências e obriga à revisão das situações constituídas, irregularmente, à sombra de critério divorciado dos princípios legais e constitucionais.

Carece, também, de fundamento a conclusão, que tem sido formulada, no sentido de que o extranumerário deve conservar a estabilidade conferida pelo art. 23 do A.D.C.T. sempre que ocorra sua movimentação, dentro da própria categoria de extranumerário.

A norma constitucional transitória autoriza a *equiparação* do extranumerário ao funcionário, ou seja, a igualdade de direitos entre um e outro, nos aspectos a que expressamente se referiu. Não cabe, portanto, atribuir ao extranumerário estável

maiores direitos do que são outorgados ao funcionário. Se, para êste, a aceitação de função precária gera a perda da estabilidade, a mesma consequência deve, necessariamente, acompanhar igual transfiguração no tocante àquele.

Não procede a analogia segundo a qual ambos os tipos de servidores públicos poderiam movimentar-se, sem perda da estabilidade, dentro das respectivas categorias: o funcionário podendo variar de cargo, e o extranumerário, de função. O paralelo é ilusório, porque as duas hipóteses se diferenciam, em um elemento essencial.

A pedra de toque da subsistência da estabilidade reside na sua compatibilidade com a nova situação funcional: conserva-a o funcionário que passa a novo cargo efetivo, porque êste se harmoniza com aquela condição, que é, porém, inconciliável com a precariedade orgânica da função de extranumerário.

Ressalvados aquêles casos de movimentação compulsória a que se referiu o parecer do Sr. Consultor-Geral da República, a aceitação de nova função precária provoca, de plano, a renúncia à estabilidade adquirida, tanto para o funcionário, como para o extranumerário.

Resta, unicamente, considerar a situação tanto de funcionários, como de extranumerários que, durante a vigência do ato declarado ilegal, aceitaram funções precárias, na persuasão de que poderiam conservar a estabilidade de que eram titulares.

A solução naturalmente indicada é a de lhes dar oportunidade de opção, dentro em determinado prazo a ser administrativamente estipulado, pelo regresso aos antigos cargos e funções com a garantia de estabilidade, ou pela manutenção nas novas funções, com a consequente perda dessa segurança. O silêncio do servidor, dentro no prazo fixado, importará a renúncia tácita à estabilidade anterior.