

11/12/2001

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.328-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO  
RECORRENTE: ROSANE MARIA DE OLIVEIRA FIGUEIRA  
ADVOGADO: ANA MARIA RODRIGUES E OUTROS  
RECORRIDO: UNIÃO FEDERAL

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. FUNGIBILIDADE. C.F., art. 102, II, a. CONSTITUCIONAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GRAVIDEZ. C.F., art. 7º, I; ADCT, art. 10, II, b.

I. - Conversão do recurso extraordinário em ordinário, tendo em vista a ocorrência da hipótese inscrita no art. 102, II, a, da Constituição.

II. - Estabilidade provisória decorrente da gravidez (C.F., art. 7º, I; ADCT, art. 10, II, b). Extinção do cargo, assegurando-se à ocupante, que detinha estabilidade provisória decorrente da gravidez, as vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade.

III. - Recurso improvido.

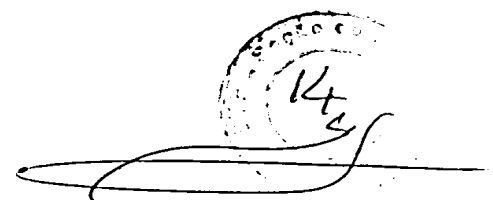
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer do recurso mas lhe negar provimento, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 11 de dezembro de 2001.

  
NERI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

  
CARLOS VELLOSO - RELATOR



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 00213281/162

ORIGEM : DISTRITO FEDERAL  
RELATOR : MINISTRO CARLOS VELLOSO  
RECORRENTE : ROSANE MARIA DE OLIVEIRA FIGUEIRA  
RECORRIDA : UNIÃO FEDERAL

R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - A espécie foi assim relatada no parecer de fls. 80/82, da Procuradoria-Geral da República, lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral ODILIA DA LUZ OLIVEIRA:

"ROSANE MARIA DE OLIVEIRA FIGUEIRA interpôs mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça, para ser reintegrada no emprego que ocupava na Administração Pública Federal direta e do qual fora dispensada por ato da Ministra da Ação Social.

Estando grávida na ocasião da dispensa, invocou a estabilidade provisória prevista no art. 10, inc. II, alínea "b", do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988.

A segurança foi denegada, por inexistência de direito líquido e certo. Entendeu o órgão julgador que a impetrante, sendo amparada pelo art. 19, "caput", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, goza apenas da estabilidade provisória de que trata o art. 10, inc. II, alínea "b", do mesmo Ato. Extinto o órgão em que estava lotada e julgado dispensável o emprego que ocupava, só tem direito à percepção dos salários e vantagens financeiras até que decorram cinco meses da data do parto; e isso lhe foi assegurado pela

*juvello*

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 00213281/162

Administração Pública.

Não tem direito à disponibilidade, que só beneficia os servidores que gozam de estabilidade permanente. E muito menos, faz jus à reintegração, seja porque não pode ter mais direitos do que o servidor permanentemente estável, seja porque desapareceram o órgão em que estava lotada e o emprego que ocupava.

Contra essa decisão, a impetrante interpôs recurso extraordinário, convertido de ofício em ordinário pelo Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça" (fls. 80-81).

A seguir a Procuradoria-Geral da República opinou no sentido do não conhecimento do recurso, por ter ocorrido, na hipótese, erro grosseiro, que impede a adoção do princípio da fungibilidade dos recursos, já que o art. 102, II, "a", da Constituição, estabelece, no caso, o recurso ordinário. No mérito, opina no sentido do não provimento do recurso.

É o relatório.

*Judicial*

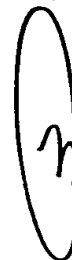
RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 21.328 - DISTRITO FEDERAL-

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, há um pormenor que revela a boa-fé da Recorrente: elegeu uma via bem mais estreita, que é a via do extraordinário, quando tinha assegurado, constitucionalmente, pela Carta, o recurso ordinário, que viabiliza, inclusive, o revolvimento da matéria fática.

Acompanho integralmente o Ministro Carlos Velloso.

\*\*\*



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 00213281/162

V O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator):  
Conheço do recurso, porque não tenho como grosseiro o erro na interposição do recurso extraordinário pelo ordinário constitucional. O que deve ser considerado é que a Constituição de 1988 inovou em relação à Constituição pretérita, já que esta não previa o recurso ordinário de que tratamos, inscrito no art. 102, II, "a", da Constituição vigente. Sendo assim, é natural que nos primeiros anos de vigência da atual Carta Política ocorram equívocos. Ademais, a consideração do que seja erro grosseiro tem muito de subjetivo. Se o recurso inadequado foi interposto dentro no prazo do recurso cabível, deve ser admitida a fungibilidade recursal, tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas consagrado na teoria geral do processo.

Conheço, pois, do recurso.

Passo ao exame do mérito.

Assim equacionou a controvérsia a ilustre Subprocuradora-Geral ODÍLIA DA LUZ OLIVEIRA, no parecer de fls. 80/82:

"(...)

Extinto o órgão em que a recorrente estava lotada e declarada a desnecessidade do emprego por ela ocupado, seria inviável a reintegração pretendida, ainda que se tratasse de servidora pública estável por força do disposto no art. 41, "caput", da Constituição, ou estabilizada pelo art. 19, "caput", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com maior razão não terá esse direito porque beneficiária de simples estabilidade provisória, derivada da gravidez, e que

*Carlos Velloso*

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Nº 00213281/162

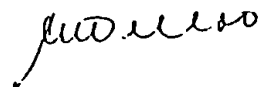
lhe assegura apenas as prestações de natureza financeira, pelo período constitucionalmente previsto. E, como está demonstrado nos autos, tais prestações lhe foram asseguradas pelo Estado, por ocasião da dispensa." (fls. 81-82).

Está correto o parecer.

O pedido é para que seja a impetrante reintegrada no emprego. Não detinha a impetrante, ora recorrente, estabilidade permanente, nem a que decorre do art. 41, "caput", da Constituição, tampouco a do art. 19 do ADCT. Detinha, sim, estabilidade provisória, que decorria da gravidez (C.F., art. 7º, I, e art. 10, II, "b", do ADCT). Se detivesse a estabilidade permanente, não obteria o que pediu -- a reintegração -- porque extinto o órgão em que trabalhava e o cargo (C.F., art. 41, § 3º). Detentora de mera estabilidade provisória, evidentemente que não poderia obter o que não obteria, se fosse estável em caráter permanente. A ela, impetrante, ora recorrente, a União Federal assegurou as vantagens financeiras, pelo período constitucional da estabilidade (ADCT, art. 10, II, "b"), de modo que nada mais haveria para reclamar.

Mantenho o acórdão recorrido.

Nego provimento ao recurso.



19.11.1991

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 21.328 - DISTRITO FEDERAL-

## VOTO MÉRITO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, da Administração Pública espera-se uma conduta exemplar, espera-se uma conduta pedagógica, e custo a crer que os fatos veiculados neste processo, ligados ao social, tenham acontecido justamente no Ministério da Ação Social. Creio que a sensível Ministra que ocupa a pasta, Margarida Procópio, não tomou conhecimento da opção feita pela Administração Pública, uma opção contra a Carta da República. A Constituição assegura à Impetrante o afastamento do direito potestativo de despedir, não abrindo, ao tomador dos serviços, a opção indenizatória. Se assim o é, e isto é incontroverso, o ato administrativo praticado mostra-se nulo, por contrariar a Lei Básica Federal. Dir-se-á: houve extinção do Órgão em que a Impetrante prestava serviço. Em contrapartida, tenho que pouco importa essa extinção, que ocorreu em face dos interesses da Administração Pública, não podendo irradiar-se a ponto de alcançar o direito garantido constitucionalmente à prestadora dos serviços.

O preceito constitucional obstaculiza - e volto a utilizar uma frase que lanço geralmente em meus votos - "a mais não poder", o ato de dispensa. Indaga-se: era lícito à Administração Pública, sabedora da gravidez, fato que gera a garantia de emprego, mesmo assim, dispensar? A Carta, em si, garante ao tomador dos serviços a opção entre observá-la, tal como se contém no preceito, ou, então, imaginar algo mais satisfatório



aos próprios interesses, substituindo a obrigação de não fazer pela obrigação de dar? A meu ver, não!

A extinção do Órgão é irrevelante, porque o que se pede não é a reintegração ao Órgão - todos nós sabemos que inúmeros servidores foram remanejados e aqueles colocados em disponibilidade estão sendo aproveitados paulatinamente. O que se postula é a reintegração ao emprego, é a intangibilidade do contrato firmado, é a manutenção da relação jurídica decorrente desse contrato.

Por isso, peço vênias ao nobre Ministro Relator, a quem muito prezo, a quem muito ouço, para divergir, entendendo que em boa hora o nobre Subprocurador-Geral da República, que nos assiste, evoluiu, em nome do Ministério Público, para preconizar a concessão da ordem.

É como voto.

\*\*\*





SEGUNDA TURMA

EXTRATO DA ATA

RMS 21.328-1 - DF

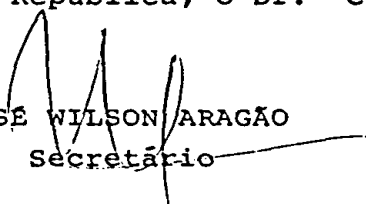
Rel.: Ministro Carlos Velloso. Recte.: Rosane Maria de Oliveira Figueira (Advs.: Ana Maria Rodrigues e outros). Recda.: União Federal.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e negando-lhe provimento, e do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio dele conhecendo e dando-lhe provimento para conceder o mandado de segurança, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Presidente. Falaram, pela recorrente, o Dr. Daison Carvalho Flores e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles. 2a. Turma, 19.11.91.

Presidência do Senhor Ministro Nêri da Silveira.

Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente os Srs. Ministros Célio Borja e Paulo Brossard.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

  
JOSE WILSON ARAGÃO  
Secretário

11/12/2001

SEGUNDA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.328-1 - DISTRITO FEDERAL

V O T O (VISTA)

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): -  
Cuida-se da aplicação do art. 10, II, b, do ADCT de 1988,  
que estipula:

"Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a  
que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

.....  
II - ficada vedada a dispensa arbitrária ou sem justa  
causa:

.....  
b) da empregada gestante, desde a confirmação da  
gravidez, até cinco meses após o parto."

Estando grávida a impetrante, ora recorrente, veio a ser  
dispensada do emprego em órgão público federal.

Segundo está nas informações, como contratada, não  
possuía estabilidade funcional, nem era beneficiária da estabilidade  
do art. 19 do ADCT da Carta Política de 1988.

Na inicial, pretendeu reintegração imediata ao serviço,  
anulando-se o ato de dispensa.

Esclarecem as informações que, tendo em vista o caráter  
provisório da estabilidade da gestante, foi assegurado "o pagamento  
das indenizações rescisórias, a partir da dispensa da gestante, até  
o quinto mês após o parto". Esclareceu-se nos autos, ademais, que o  
órgão onde servia a recorrente foi extinto e "todos os servidores  
que não foram alcançados pelo disposto no art. 19, caput, do ADCT da  
Carta Política de 1988 e considerados prescindíveis foram  
dispensados sem justa causa" (fls. 31).

J. Néri

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.328-1 - DISTRITO FEDERAL

Está na ementa do acórdão unânime da Primeira Seção do STJ (fls. 66):

"O ato demissório, contra o qual se insurge a impetrante, reveste-se de toda a legalidade necessária, resguardando os direitos trabalhistas de servidora demitida. Ausência de ferimento a direito líquido e certo. Indemonstrada a estabilidade excepcional assegurada pela Carta Política. Liames trabalhistas e direitos reconhecidos e integralmente satisfeitos. Segurança denegada."

O voto condutor do acórdão acolheu a fundamentação do parecer da Subprocuradoria-Geral da República, de que destaco este passo (fls. 53):

"7. Repise-se: com a extinção do cargo, perde o servidor o cargo que ocupava, por força do art. 41, § 3º, da C.F.. O estável é posto em disponibilidade para que, de futuro, possa ser aproveitado em outro de igual natureza. E o não estável? Extinto o cargo pode ser dispensado, mas, como pelo art. 10, II, b, do ADCT, é-lhe assegurada a estabilidade provisória, essa estabilidade fica garantida com a indenização compensatória, posto o cargo não mais existe, declarado extinto como milhares de outros, em decorrência de justa causa fundada em fato, econômico intransponível, o acendrado esforço governamental em estancar o deficit público e modernizar a máquina administrativa, ad instar das hipóteses previstas nos arts. 486 e 501 da CLT."

Relevante é, no exame da espécie, efetivamente, o fato de a recorrente não ser estável, quer com base no art. 41, § 3º, da CF, quer à vista do art. 19 do ADCT de 1988. A estabilidade provisória do art. 10, II, b, do mesmo ADCT de 1988, não pode ter o condão de tornar estável permanentemente a servidora nas condições indicadas, contra o que na Constituição Federal se estipula para adquirir essa garantia maior da função pública. Certo está que a estabilidade provisória do art. 10, II, b, do ADCT, da Carta Política de 1988, não pode, assim, operar com eficácia de garantir reintegração em função que foi extinta, e, em virtude disso, sobreveio a dispensa. Não pode gerar, ademais, a disponibilidade remunerada, até aproveitamento em outra função compatível, porque essa é própria do regime de quem, sendo estável, tem seu cargo extinto (CF, art. 41, § 3º). Anotou-se, no voto condutor do aresto recorrido com propriedade, às fls. 51/52,

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.328-1 - DISTRITO FEDERAL

no ponto, verbis: "Na linha desse entendimento, não é, por conseguinte, partindo do citado art. 10, do ADCT, que se interpretará o art. 41, § 3º, da C.F., para chegar à compreensão de que a cláusula servidor estável contida no parágrafo 3º alcança o estável provisório. (...). Para compatibilizar o art. 10, II, b, do ADCT, de caráter transitório, com o art. 41, § 3º, da CF (parte permanente), não se entende devidos os salários e vantagens compreendidos no período entre a data em que, constatado o estado de gravidez da empregada, foi dispensada até os cinco meses subseqüentes ao parto. A garantia da estabilidade provisória no cargo cede, na hipótese de servidor que não contava à data da promulgação da Constituição com 5 anos ininterruptos de prestação de serviço público, porquanto nem o titular do direito à estabilidade permanente está a salvo se ocorrer a extinção do cargo que ocupa. Isto por uma questão fática: o cargo não existe. Ora, se, para o estável permanente, a extinção do cargo implica disponibilidade remunerada, sem exercício; para o estável provisório, no caso, fica assegurada a percepção dos salários e vantagens até os cinco meses posteriores à data do parto. Proclamar o seu retorno ao cargo inexistente sobre ser material e juridicamente impossível, constituiria reconhecer mais direito ao estável provisório do que ao estável permanente, que, com a extinção do seu cargo, fica em disponibilidade, sem exercício das suas funções".

Em face do exposto, acompanho o voto do ilustre Ministro Carlos Velloso, com a devida venia do ilustre Ministro Marco Aurélio, ao entender que o preceito constitucional (ADCT, art. 10, II, b) obstaculiza o ato de dispensa, não importando a extinção do órgão. Decerto, como se acentuou acima, a regra da estabilidade provisória do art. 10, II, b, do ADCT, não pode ser compreendida como de eficácia maior do que a do art. 41, § 3º, da Constituição, quanto à estabilidade permanente, preceituando que, extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu efetivo aproveitamento em outro cargo. Quanto ao estável permanente, certo não haverá ruptura do vínculo funcional, o que não se garante ao não estável, abrindo-se, entretanto, a exceção do art. 10, II, b, do ADCT, quando se cuidar de empregada gestante, à qual se garante estabilidade provisória, o que significa por determinado tempo, ou seja, "desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". Isso não significa que, ultrapassado esse período, não possa ser dispensada, no interesse do empregador. No caso concreto, restou bem explícito, e a Administração esclareceu devidamente, todos os salários e vantagens ficaram assegurados, desde a dispensa até cinco meses após o parto em face da regra maior aludida, não

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.328-1 - DISTRITO FEDERAL

obstante a extinção do emprego ocupado e do órgão em que a recorrente servia.

Assim sendo, meu voto acompanha o do ilustre Relator, com a venia do Senhor Ministro Marco Aurélio. Conheço do recurso mas lhe nego provimento.

*J. Góes*

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 21.328-1  
PROCED. : DISTRITO FEDERAL  
RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO  
RECTE. : ROSANE MARIA DE OLIVEIRA FIGUEIRA  
ADV. : ANA MARIA RODRIGUES E OUTROS  
RECDO. : UNIÃO FEDERAL

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e negando-lhe provimento, e do voto do Sr. Ministro Marco Aurélio dele conhecendo e dando-lhe provimento para conceder o mandado de segurança, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Presidente. Falaram, pela recorrente, o Dr. Daison Carvalho Flores e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles. 2ª Turma, 19.11.91.

Decisão: Por maioria, a Turma conheceu do recurso mas lhe negou provimento, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª. Turma, 11.12.2001.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. João Batista de Almeida.

Antonio Neto Brasil  
Coordenador