FUNCIONÁRIO PÚBLICO — CLASSIFICAÇÃO PARA EFEITO DE PROMOÇÃO — DESEMPATE

— O parágrafo único do art. 53 do Estatuto dos Funcionários, revogado pelo decreto-lei 3.200, de 1941, não foi restaurado em sua vigência pelo decreto-lei 5.938, de 1943.

— Interpretação do decreto-lei 5.938, de 28-10-43.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

PROCESSO N.º 1.514-48

O E.F. (decreto-lei n.º 1.713, de 28-10-39) no art. 53 estabeleceu a seguinte norma: "Na classificação por antiguidade, quando ocorrer empate, terá preferência o funcionário que tiver mais tempo de serviço no Ministério; em caso de novo empate, o que tiver mais tempo de serviço federal; havendo ainda empate, sucessivamente, o funcionário com prole, o casado, o mais idoso".

Em parágrafo único, aditou regra especial: "Quando se tratar de classe inicial, o desempate será feito, em primeiro lugar, pela classificação obtida no concurso".

2. O decreto-lei n.º 3.200, de 19-4-41, que dispôs sôbre a organização e proteção da família, no art. 26, estabeleceu: "Em equivalência de condições, terá preferência, para nomeação para cargo ou admissão como extranumerário, do serviço público federal, estadual ou municipal e bem assim para promoção, ou melhoria, conforme o caso, o casado com relação ao solteiro, e dentre os casados, o que tiver maior número de filhos.

§ 1.º Observar-se-á a mesma preferência, nos têrmos dêste artigo, quando se tratar da reversão ou aproveitamento de inativos.

§ 2.º Em se tratando de promoção por antiguidade, prevalecerá sôbre o critério desta o do número da prole.

§ 3.º Quando para comprovação por merecimento houver de ser organizada lista, nela se fará menção do estado civil e do número de filhos dos candidatos".

3. Pelo decreto-lei n.º 3.284, de 19-5-41, foi dada nova redação ao art. 26 e seus parágrafos, do decreto-lei n.º 3.200, *in verbis:*

"Art. 26 — Entre os candidatos ao provimento de cargo ou função de extranumerário, no serviço público federal, estadual ou municipal, terá preferência, em igualdade de condições: *a*) o candidato casado ou viúvo que tiver maior número de filhos; *b*) o candidato casado; e *c*) o candidato solteiro que tiver filhos reconhecidos.

§ 1.º Na classificação por antiguidade, para efeito de promoção, no caso de empate no tempo de classe, terá preferência, sucessivamente: *a*) o

funcionário casado ou viúvo que tiver maior número de filhos; *b*) o casado; *c*) o solteiro que tiver filhos reconhecidos; *d*) o que tiver maior tempo de serviço no Ministério; *e*) o que tiver maior tempo de serviço público federal, civil ou militar; e *f*) o mais idoso.

§ 2.º Em igualdade de condições de merecimento, para efeito de promoção ou de melhoria de salário, o desempate será feito de acôrdo com o critério estabelecido no parágrafo anterior.

§ 3.º Não serão considerados, para efeito dêste artigo, e dos parágrafos anteriores, os filhos maiores, e os que exerçam qualquer atividade remunerada.

§ 4.º Também, não será considerado, para os mesmos efeitos, o estado de casado, desde que ambos os cônjuges sejam servidores do Estado".

4. Finalmente, o decreto-lei n.º 5.938, de 28-10-43, que estabeleceu "critério para desempate de antiguidade e merecimento, para efeito de promoção", dispôs:

"Art. 1.º Na classificação por antiguidade, quando ocorrer empate, terá preferência o funcionário que tiver mais tempo de serviço no Ministério; em caso de novo empate, o que tiver mais tempo de serviço público federal; havendo ainda empate, sucessivamente, o funcionário com prole, o casado e o mais idoso.

Art. 2.º Em igualdade de condições de merecimento, proceder-se-á ao desempate, em primeiro lugar, pela antiguidade de classe e, a seguir, pela forma determinada no art. 1.º.

Art. 3.º As atuais classificações por ordem de antiguidade e as listas tríplices, referentes às promoções do segundo quadrimestre do corrente ano, organizadas na conformidade da legislação anterior, não serão alteradas".

6. A transcrição dos textos se impunha porque o que se discute neste processo é a vigência do parágrafo único do art. 53 do E.F., ou melhor se a regra especial ali contida para o desempate nas classes iniciais subsiste ainda, a despeito da regulamentação legal dada ulteriormente ao assunto.

6. A lei posterior revoga a anterior (Lei de Introdução ao Código Civil) quando: *a*) expressamente o declare; *b*) regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

7. A primeira hipótese não se verificou. Em nenhum dos textos mencionados se alude ao art. 53 do E.F. ou ao seu parágrafo único.

8. Existe, porém, colisão entre o parágrafo único do art. 53 do E.F. e os decretos-leis 3.200 e 2.284?

Parece que sim. A chamada lei de proteção à família deu preferência absoluta aos critérios extra-funcionais, no caso de empate, tanto para o provimento como para a promoção. Operou-se, desta forma, uma subversão geral das regras estatutárias. Estas, tanto na classe inicial, como nas demais, dava primazia aos fatôres direta ou indiretamente ligados ao exercício do cargo ou função, enquanto que a lei nova, invertendo a ordem de valores, degradou

aqueles elementos de aferição do mérito, para segundo plano. êste propósito ressalta inequìvocamente dos textos transcritos e não seria lógico que êle vingasse, regendo os desempates, no caso de *provimento*, caducasse em se tratando de *classe inicial* para ressurgir, imperativamente, ao regular hipóteses que ocorressem nas demais classes.

Êste colapso, em benefício da regra especial do parágrafo único do art. 53 do E.F., seria inexplicável no sistema preconizado na lei de proteção à família. Seria *incompatível* com a regra nova que procurou *desde o ingresso* colocar a solução dos empates sob a influência de fatôres extracurriculares. Subtrair, portanto, a *classe inicial* de um critério geral e indistinto, segundo a letra e o espírito da lei, não me parece conforme à regra de hermenêutica contida na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2.°, § 2.°, do decreto-lei n.° 4.657, de 4-9-42).

A regra do parágrafo único do art. 53 do E.F. não se afina, antes, colide com a estabelecida com o propósito de proteger a família. Não se poderá enquadrá-la entre as que podem sobreviver, ao lado, ao par da lei nova (Lei de Introdução, arts. 2.° e 22). Para tanto seria necessário encontrar entre elas elementos de identidade ou afinidade, coordenação ou compatibilidade. Mas isto não ocorre, como ficou dito. O propósito da lei nova foi dar preferência generalizada, a partir do ingresso a fatôres de outra índole, a motivos alheios à vida funcional. Não cabe aqui fazer a crítica desta inovação, visceralmente contrária ao sistema do mérito. Sendo legal a ela há de dobrar-se o intérprete.

9. Quando foi baixado o Decreto-lei n.° 5.938, que restabeleceu o corpo do art. 53 do E.F., na sua redação primitiva, tanto êste como o seu parágrafo único estavam revogados, por *incompatibilidade*, pelas leis de proteção à família. Houve, ainda, por bem, a lei restauradora de excluir de sua regência as classificações já feitas (art. 3.°).

10. E' princípio legal que a lei revogada (no caso o parágrafo único do art. 53 do E.F.) *não se restaura*, salvo disposição em contrário que não houve, por ter a lei revogadora (lei de proteção à família) perdido a vigência (Lei de Introdução, art. 2.°, § 3.°).

11. A caducidade do parágrafo único do art. 53 do E.F. não decorre, a meu ver, como parece à D.P. do DASP, do decreto-lei n.° 5.938, mas da lei intermediária de proteção à família. Com o último diploma baixado para reger a espécie êle tem afinidades e não seria incompatível. E tanto assim é que figurou no texto primitivo do E.F., ao lado do corpo do art. 53, cuja vigência foi restabelecida, afinal, em tôda a sua plenitude.

12. A lei repristinatória de 1943 para ressuscitar a regra especial do parágrafo único do art. 53 do E.F. deveria a êle se referir expressamente, ou reproduzi-lo por inteiro, como o fêz em relação ao corpo do artigo. Não o tendo feito, não é possível invocá-lo hoje para reger os desempates da classe inicial. êstes deverão ter a solução única preconizada no corpo do art. 53, do E.F., hoje, art. 1.° do decreto-lei n.° 5.938.

13. Não é demais repetir aqui a lição da doutrina: "Muitas vêzes, uma lei que *abrogou* a anterior, é por sua vez, *abrogada. Dessa ab-rogação, só por si, não resulta que a primeira lei,* a que deixou de existir por ab-rogação expressa ou tácita da segunda, *se restaure ou revigore por haver desaparecido a que abrogara*" (Eduardo Espínola e Ed. Espínola Filho, "A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", vol. 1, pág. n.º 91).

E' o que me parece.

D.F., 9-3-48 — S.M.J. — *Carlos Medeiros Silva,* Consultor Jurídico. Aprovado. — *Bitencourt Sampaio,* Diretor Geral.