FUNCIONÁRIO PÚBLICO — TRANSFORMAÇÃO DE CARGO — PROVIMENTO

— O funcionário público em exercício de cargo isolado de provimento em comissão, que a lei transformou em cargo isolado de provimento efetivo, não pode adquirir, automàticamente, direito certo e incontestável à efetivação nesse cargo.

— O Poder Legislativo não pode criar cargos designando pessoas que devem nêles ser providos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Impetrante: Dr. Joaquim Manoel Fonseca de Lima
Mandado de segurança n.º 48.540 — Relator: Sr. Desembargador PAULO DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 48.540, da comarca de São Paulo, em que é impetrante o Dr. Joaquim Manuel Fonseca de Lima e impetrado o Exmo. Sr. Governador do Estado: Acordam, em sessão plenária do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, denegar a segurança impetrada. Custas pelo impetrante.

Nestes autos o pedido é idêntico ao que foi também denegado, no mandado de segurança n.º 47.937, impetrado por Otávio Gonçalves Barbosa, onde ficou decidido que não tinha apoio na lei n. 311, de 27 de junho de 1949, aquêle pedido.

Realmente o impetrante, funcionário público em exercício de cargo isolado de provimento em comissão, que a citada lei transformou em cargo isolado de provimento efetivo, não podia adquirir, automàticamente, direito certo e incontestável à efetivação nesse cargo. E não podia porquanto, nos próprios têrmos do art. 5.º da lei n. 311, o que se modificou foi, apenas, a forma de provimento dos cargos ali mencionados, sem qualquer alteração na situação dos funcionários antes nomeados em comissão que necessitavam, para nêles ser mantidos, como efetivos, de um ato do poder executivo. Nem mesmo o art. 10 da referida lei ampara o impetrante, visto como a apostila que, na forma dêsse dispositivo, deve ser feita, é a do título do funcionário que, já anteriormente nomeado em comissão, venha a ser provido, efetivamente, no cargo.

Outra não tem sido a orientação e a norma seguida pelo poder executivo, com referência aos funcionários que, de acôrdo com a lei n. 311, foram efetivados conforme se vê dos exemplares do "Diário Oficial" oferecidos pelo impetrante como documento. E se diversa interpretação se pretende dar aos preceitos da citada lei, com o fim de sustentar que o poder legislativo tem competência para prover ou modificar a forma de provimento de cargos públicos e, ao mesmo tempo, designar os funcionários que os devam ocupar, essa interpretação colide com pacíficos princípios de direito administrativo e constitucional.

Com efeito: Compete ao poder legislativo criar e extinguir cargos públicos e fixar-lhes os vencimentos, sendo, porém, do poder executivo a atribuição de os prover. Êsses preceitos sempre figuraram e figuram nas nossas constituições políticas. Princípio pacífico, pois, é segundo todos os nossos constitucionalistas, o de que o legislativo não pode criar cargos designando as pessoas que devem nêles ser providas. "O poder de nomear, explica Carlos Maximiliano, constitui uma das funções mais importantes do executivo e provàvelmente a que lhe dá maior importância ou influência política. Para o completo desempenho da sua missão de fazer cumprir fielmente as leis e promover o bem geral do país, precisa de autonomia na

escolha dos seus auxiliares próximos ou remotos e na fiscalização da conduta de todos êles." E prossegue êsse autor: "O poder de nomear toca ao presidente, porém, restritamente, e aplica-se aos cargos criados pela Constituição ou pelo Congresso. Êste institui empregos, fixa-lhes ordenados ou emolumentos, estabelece as condições de investidura e a duração do exercício. O presidente escolhe, de conformidade com a lei, as pessoas que hão de exercê-lo." Tão decisiva é, a respeito, a opinião dêsse constitucionalista, que êle assim conclui: "Portanto, se as Câmaras designarem de tal modo o destinatário de um emprêgo que outro não possa pelo presidente ser nomeado, a disposição é inconstitucional, não deve ser cumprida, equivalente a não ter jamais existido" (Carlos Maximiliano, "Comentários à Constituição Brasileira de 1891", n. 346, págs. 502 a 504, "Rev. dos Tribunais.", 176-161, 177-578.)

São Paulo, 2 de agôsto de 1950 — O Sr. Desembargador *Meireles dos Santos* foi no julgamento o presidente — *Paulo Costa*, relator designado — *Rafael de Barros Monteiro* — *J. R. A. Valim*, vencido — *Fernandes Martins* — *Vasco Conceição*, vencido — *Justino Pinheiro* — *Amorim Lima* — *Davi Filho*, vencido — *Paulo Colombo* — *Cunha Cintra* — *Clóvis de Morais Barros* — *Camargo Aranha* — *Prado Fraga* — *A. de Oliveira Lima*, vencido — *Breno Caramurú*, vencido — *Olavo Guimarães*, vencido — *Mario Masagão* — *E. Custódio da Silveira*, vencido — *Gomes de Oliveira* — *Frederico Roberto* — *Teodomiro Dias* — *J. C. de Azevedo Marques* — *Trasíbulo de Albuquerque* — O Sr. *Laurindo Minhoto Junior* foi voto vencedor — *Pinto do Amaral*, vencido — *Juárez Bezerra* — *Joaquim de Silos Cintra* — *Marcio Munhós*, vencido — *Vasconcelos Leme*, vencido, nos têrmos do voto do Sr. Desembargador *Marcelino Gonzaga* — *Manuel Carlos* — *Tomás Carvalhal* — O Sr. Desembargador *Vicente de Azevedo* foi voto vencedor — *J. M. Gonzaga*, vencido, de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

1. O caso em suma é o seguinte: o impetrante, antigo funcionário da Secretaria da Agricultura do Estado, vinha exercendo, desde maio de 1944, o cargo de diretor da divisão da Fiscalização e Classificação de Produtos Agrícolas, quando, por decreto de 27 de outubro de 1949, o Sr. Governador do Estado o exonerou dêsse cargo. Diz êle agora que, nessa data, já não podia ser exonerado, como foi, a critério do Govêrno, porquanto a lei n. 311, de 27 de junho do mesmo ano de 1949, não só transformara o cargo de "diretor em comissão" em cargo de "provimento efetivo" (art. 5.º), como, no art. 10, tornara obrigatório o aproveitamento dos seus ocupantes, o que vale dizer que, quando foi exonerado, êle impetrante já era diretor efetivo e, nessas condições, já não podia ser dispensado arbitràriamente.

2. Efetivamente, a lei n. 311, de 27 de junho de 1949, dispôs no art. 5.º: "Os cargos de direção que integram a Tabela I, das partes permanentes dos quadros do Funcionalismo Público Civil do Estado, passam para as respectivas Tabelas II."

Quer isso dizer que os cargos de diretor que, antes, eram "cargos isolados de provimento em comissão" (Tabela I do decreto-lei n.º 14.138, de 18 de agôsto de 1944), passaram a ser "cargos isolados de provimento efetivo" (Tab. II, do mesmo decreto.)

3. Pelo art. 93 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado, os ocupantes de cargos isolados de provimento efetivo não podem ser exonerados "a critério do govêrno."

4. Resta saber se o impetrante, quando foi exonerado, a critério do govêrno, em 27 de outubro de 1949, já era ocupante de cargo isolado de provimento efetivo, ou, por outras palavras, se já era diretor efetivo, ou continuava a ser diretor em comissão. Se já era diretor efetivo, nulo será o decreto que o exonerou por simples arbítrio do Governador.

5. Assevera o impetrante que então já era diretor efetivo porque a mencionada lei n. 311 não se limitou a trans-

formar os cargos de direção em cargos de provimento efetivo; ordenou, outrossim, no art. 10, o aproveitamento dos funcionários que, na data em que entrou em vigor, ocupavam tais cargos, em comissão.

Reza êsse art. 10: "Os títulos dos funcionários abrangidos pela presente lei serão apostilados pelos titulares das Secretarias a cujos quadros pertencerem ou pelos diretores dos órgãos autônomos diretamente subordinados ao Chefe do Poder Executivo, e as apostilas publicadas no órgão oficial."

6. Por ter tido o seu projeto parcialmente vetado pelo Sr. Governador, ficou a lei n. 311 com quatro artigos, além dêsse art. 10. Os dois primeiros, correspondentes aos arts. 5 e 6, transferiram da Tabela I para a Tabela II, do quadro do funcionalismo, certos cargos, transformando-os, em consequência, de cargo de provimento em comissão, em cargos de provimento efetivo; o terceiro, correspondente ao 8.º, dispôs, pelo inverso, que os cargos de Diretor Geral, seriam, daquela data em diante, exercidos em comissão, sem prejuízo dos funcionários que já estivessem exercendo tais cargos em caráter efetivo; o último, art. 11, provê, como de praxe, sôbre a data da entrada em vigor da lei e sôbre a revogação das disposições contrárias.

Logo, fôrça é concluir que os funcionarios a que alude o art. 10 outros não podem ser senão aquêles cujos cargos os arts. 5.º e 6.º transferiram da tabela I para a tabela II.

Ora, o que o art. 10 determina é que os títulos dêsses funcionários ("os títulos dos funcionários abrangidos pela presente lei") "serão apostilados pelos titulares das Secretarias a cujos quadros pertencerem... e as apostilas publicadas no órgão oficial."

A letra do dispositivo, portanto — não há negar — justifica a conclusão que o impetrante defende. O legislador tornou obrigatório o aproveitamento, como diretores efetivos, daqueles que estavam exercendo êsses cargos em comissão. Os seus títulos, diz a lei, imperativamente, serão apostilados.

Esta expressão "apostilados" corrobora o assêrto. Apostilar significa anotar, por notas ou esclarecimentos à margem de um escrito ou de um diploma oficial. Na prática da nossa administração, as nomeações, os provimentos e as promoções de funcionários se fazem mediante expedição de títulos. Só os esclarecimentos ou anotações concernentes a fatos ou circunstâncias que não alteram, na substância, êsses títulos é que são feitos mediante simples apostilas nos títulos já existentes, dispensada a expedição de novo diploma. Apostila-se no título de nomeação a mudança operada no nome da funcionária em virtude do seu casamento. O funcionário Sicrano passou a trabalhar sob o regime de tempo integral; apostila-se tal circunstância no seu título. Assim no caso: se a lei se contenta com simples apostila, é porque tinha em vista manter no cargo de diretor, em caráter efetivo, aquêles mesmos funcionários que já vinham exercendo êsse cargo em comissão. Não fôsse assim; se outro funcionário devesse ou pudesse ser promovido para o cargo de diretor, então, por certo, a lei não se satisfaria com a simples apostila.

7. Acresce que, segundo demonstrou o impetrante, semelhante exegese tem sido uniformemente aceita até agora não só na Assembléia Legislativa e no Tribunal de Contas do Estado, como principalmente pelo próprio Poder Executivo.

Conforme foi mencionado em discurso do deputado Bravo Caldeira, proferido naquela Assembléia e publicado no "Diário Oficial" de fls., até a Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda reconheceu que "sem sombra de dúvida, a verdadeira e única inteligência" da lei n. 311 é a de que "os funcionários que ocupavam em comissão tais cargos isolados de direção passaram, doravante, a exercê-los em caráter efetivo."

No mesmo sentido se pronunciou a Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa no parecer n.º 2.662, de 1949. Êsse parecer, relatado pelo deputado Sales Filho e subscrito

por todos os membros da Comissão (fls.), concluiu que a lei n. 311 "tornou efetivos os atuais ocupantes dos cargos que passaram da Tabela I para a Tabela II."

De maneira idêntica foi essa lei entendida e mandada aplicar pelo Tribunal de Contas do Estado, em deliberação unânime, conforme prova o documento de fls.

Finalmente, mostra o impetrante que o próprio impetrado, o Exmo. Sr. Governador do Estado, em dezenas de outros casos, assim tem dado execução à lei n 311, mandando apostilar títulos de funcionários que, tal como o impetrante, vinham exercendo cargos de diretores em comissão, para declarar que êles, nos têrmos dessa lei, passaram a exercer os mesmos cargos em caráter efetivo (fls. e fls.).

8. Objeta-se, entretanto, que, aceito êsse entendimento, a lei será inconstitucional, por ferir o preceito do art. 43, letra "g", da Constituição do Estado, segundo o qual é da competência exclusiva do Governador prover os cargos civis e militares. E invocar-se, a propósito, a lição de Carlos Maximiliano sôbre igual preceito da Constituição Federal.

Ninguém contesta que o Poder de nomear funcionários toca ao chefe do Poder Executivo e que não é dado ao Poder Legislativo, salvo em casos excepcionais expressos, invadir semelhante atribuição. Sem dúvida, a regra é que ao Legislativo cabe criar os cargos e ao Executivo provê-los.

Mas êste princípio nada faz ao caso sob julgamento. Pela lei n. 311, a Assembléia Legislativa do Estado não nomeou nem promoveu funcionários. Limitou-se, como se viu, a transformar certos cargos, que eram de provimento em comissão, em cargos de provimento efetivo e a determinar que, para o efeito dessa efetivação, fôssem apostilados os títulos daqueles funcionários que, de acôrdo com a legislação anterior, vinham exercendo tais cargos em comissão. Ao invés de arrogar-se o direito de nomear ou promover funcionários para os cargos em questão (o que, por certo, seria inconstitucional), cingiu-se o legislador a esclarecer que deviam ser efetivados nesses cargos aquêles mesmos funcionários que nêles já se encontrassem em virtude de nomeação do Govêrno, bastando para tanto, e por isso mesmo, a simples formalidade burocrática da apostila dos títulos já existentes.

Nessas condições, teria a Assembléia, quando muito, concedido vantagem ou benefício, melhorando a condição de funcionários nomeados pelo Executivo, coisa que não é vedada pela Constituição.

O excelso constitucionalista Carlos Maximiliano, invocado pelos opositores, esclarece bem o seu pensamento a respeito. Depois de mostrar que, em face da Carta Magna, não é dado ao Legislativo prover os cargos públicos, cita o caso "Shoemaker versus United States", no qual decidiram os tribunais norte-americanos ser constitucional o ato do Congresso que deu nova função a dois empregados; porque — acrescenta — "a nomeação fôra feita pelo Executivo e é direito do Legislativo determinar, aumentar ou restringir os deveres e vantagens dos que ocupam cargos públicos." E' a lição de Willoughby, "The Constitucional Law of the United States", vol. II, págs. 1.178-79, § 695 (Carlos Maximiliano, nota ao art. 87, n. V, da Constituição Federal vigente.)

Podemos, pois, concluir, com segurança, que não padece da eiva de inconstitucionalidade a lei em exame, n. 311, de 27 de junho de 1949.

9. Nem ao menos se pode dizer, como se disse, que, com ela, tenha sido surpreendido o Govêrno. E' sabido que a promulgação das leis depende da sanção do Poder Executivo e que, para sancioná-las, tem o Governador o prazo de 10 dias. Se entender que o projeto é inconstitucional ou contrário ao interêsse público, o Governador poderá vetá-los, no todo ou em parte, dentro do prazo de 10 dias contados da data em que o receber, devolvendo-o à Assembléia com as razões do veto (Constituição do Estado, art. 24.) No caso, o Sr. Governador do Estado, usando dessa faculdade, vetou vários artigos do projeto da lei n. 311, sancionando, porém, os de ns 5 e 10. Não achou, portanto, que

tais artigos contivessem matéria inconstitucional ou contrária ao interêsse público. E não só deixou de vetá-los; passou, como se viu, a dar-lhes execução, mandando apostilar em dezenas de casos títulos de funcionários que vinham exercendo cargos de chefia em situação idêntica à do impetrante. Aliás, pode-se mesmo afirmar que, ao sancionar e promulgar a lei, subscreveu o Sr. Governador, implìcitamente, a efetivação dos diretores que êle mesmo, antes, nomeara em comissão. Ficou restando apenas a formalidade burocrática da apostila dos respectivos títulos. E não se compreende nem se justifica que tal formalidade burocrática esteja sendo cumprida para uns e não para outros.

Ademais, não se perca de vista, também, que a lei n. 311, longe de restringir, ampliou os poderes do Executivo. Nada impedia, com efeito, que, no prazo que tinha para sancionar o projeto, substituísse o Govêrno aquêles diretores que não estivessem à altura do cargo ou que lhe não merecessem confiança. Se não foram dispensados, como aconteceu com o impetrante, sinal era que vinham exercendo o cargo a contento.

10. Nem se objete, como se objetou por último, que a Assembléia não podia conceder aos funcionários vantagens que não estão previstas na Constituição; ou outras vantagens além daquelas que a Constituição prevê.

As Constituições, ninguém ignora, fixam para os funcionários, como para os cidadãos em geral, um mínimo de direitos e um máximo de obrigações. Ninguém pode ser obrigado a fazer mais do que a Constituição exige; ninguém pode ser privado dos direitos que a Constituição assegura. Porém nada impede que a lei ordinária aumente o número dêsses direitos e vantagens.

11. Em suma:

Considerando que a lei n. 311, de 27 de junho de 1949, não só transformou os cargos de direção, que antes eram de provimento em comissão, em cargos de provimento efetivo, como tornou obrigatório o aproveitamento dos funcionários que, naquela data, já estivessem exercendo tais cargos em comissão; o que se realizaria mediante a simples formalidade burocrática da apostila dos respectivos títulos;

Considerando que, assim, foi essa lei entendida e tem sido aplicada não só nos órgãos consultivos da própria Administração, como na Assembléia Legislativa, no Tribunal de Contas e, principalmente, pelo próprio Poder Executivo;

Considerando que a lei n. 311, não pode ser taxada de inconstitucional porque, por ela, o Legislativo não nomeou nem promoveu funcionários; limitou-se a assegurar o gôzo de melhoria àqueles mesmos funcionários que o Executivo havia pôsto no cargo; e que nada impede que o Legislativo conceda vantagens ou benefícios aos que ocupam cargos públicos;

Considerando que nem ao menos se pode dizer que o Govêrno tenha sido, no exercício das suas funções, surpreendido pela promulgação dessa lei, porquanto, no prazo que lhe era dado para sancionar ou vetar o respectivo projeto, bem podia o Chefe do Poder Executivo substituir, a seu talante, aquêles diretores que não estivessem à altura do cargo ou que lhe não merecessem confiança;

Considerando que não há impedimento para que a lei ordinária confira aos funcionários, como aos cidadãos em geral, direitos e vantagens além daquele mínimo que a Constituição lhes assegura;

Considerando que a lei n. 311 já estava em vigor quando o impetrante foi exonerado; que, assim, já não podia êle ser dispensado livremente, a critério do Govêrno, do cargo que exercia; mas, pelo contrário, já havia adquirido direito líquido e certo à efetivação nesse cargo;

Concedo-lhe o mandado de segurança, que impetra, para o fim de reconhecer-lhe êsse direito.