CONCURSO — NOMEAÇÃO — PREFERÊNCIA LEGAL

— A preferência para a nomeação, após concurso, há de ser compreendida entre os candidatos que obtiverem a mesma classificação.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

União Federal *versus* Jaime Rodrigues Campos
Apelação cível n.º 4.361 — Relator: Sr. Ministro ÁBNER VASCONCELOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos da apelação cível n.º 4.361, Distrito Federal, em que é recorrente, *ex-officio*, o Juízo da 1.ª Vara da Fazenda Pública, apelante a União e apelado Jaime Rodrigues Campos, etc.:

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, em dar provimento a ambos os recursos, para reformar a decisão recorrida e julgar improcedente a ação, na forma do relatório e das notas taquigráficas anexas.

Rio, 12 de agôsto de 1953. — *Ábner de Vasconcelos*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos — Jaime Rodrigues Santos, exercendo em 1944 as funções de fiscal, padrão N do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas, inscreveu-se em concurso, no D. A. S. P., para a classe inicial da carreira de Agente Fiscal do Impôsto de Consumo do Ministério da Fazenda. Obteve o 127.º lugar na colocação dos candidatos aprovados. Dispondo o decreto-lei n.º 739, de 1938, em seu art. 139, § 3.º, que teriam preferência para a nomeação os candidatos classificados em concurso que já exercessem função fiscalizadora, pediu êle ao Poder Executivo que fôsse observado seu direito, sendo indeferido. Pediu reconsideração, mas o Govêrno, amparado nas informações do DASP, manteve o indeferimento. Veio, então, a juízo, por ação ordinária, de 17-8-51, em que pediu a nomeação na vaga que lhe competia preferencialmente, em substituição a qualquer outro candidato que o tenha preterido, com a condenação da União a pagar-lhe as diferenças de vencimentos a partir da preterição até a investidura no cargo, com direito às promoções, vantagens e prerrogativas decorrentes do exercício, juros da mora, honorários de advogado à razão de 20% sôbre o que fôr apurado e custas.

Contestando a ação, disse o representante da Fazenda Pública, ser a mesma de manifesta improcedência. Primeiro, porque, desde 13 de agôsto de 1951, o autor foi nomeado Fiscal do Impôsto de Consumo, no Maranhão; segundo, porque o art. 139, § 3.º, do decreto-lei n.º 739 citado, referiu-se ao serviço público federal e jamais a emprêgo de autarquia, hipótese que não se compreendia na lei. Argumentou também com o descabimento de honorários, por não se tratar do caso do art. 64 do Código de Processo Civil.

Foram pedidos ao Ministério da Fazenda translado das peças do processo administrativo em que o autor pediu a nomeação preferencial. Tendo sido o mesmo favoràvelmente informado e enviado ao Presidente da República, submeteu êste o caso à apreciação do Departamento Administrativo do Serviço Público. Ponderou êste que o interessado invocava preferência anteriormente assegurada em lei, mas verificado o inconveniente da subsistência de tais dispositivos legais com os princípios que

alicerçam o sistema do mérito, fôra expedido o decreto-lei n.º 9.750, de 1946, que assim dispôs: "Ficam revogados os §§ 2.º e 3.º do art. 139 (Cap. XI), do Regulamento aprovado pelo decreto n.º 739, de 1938". Adotado êste parecer, foi mandado arquivar o pedido. Sôbre a preferência à nomeação, assim se expressou o DASP: Mesmo a admitir prevalecesse o preceito do art. 139, § 3.º, do decreto-lei n.º 739, de 1938, embora vigente a lei que expressamente o derrogou, cumpre pôr em relêvo que aquêle texto de lei apenas atribuia uma preferência e não qualquer *prioridade*: e que diversamente desta é a preferência uma vantagem relativa — que não tem cabida senão em caso de igualdade de condições. Ora, na espécie, positivamente não estava o requerente em igualdade de condições com outros candidatos que, a despeito de haverem obtido melhores classificações, no mesmo concurso, ainda não foram nomeados. Não se perca de vista, ao propósito, o princípio constitucional de conformidade com o qual "a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso".

Foi também trasladada a informação de um oficial administrativo, em que se concluiu pelo direito, do autor, face da lei 739, com o esclarecimento de que, no *Diário Oficial* de 22-7-46, foram publicados decretos de nomeação com preferência, de três outros candidatos, sendo de notar que, muitos dos que requereram nomeação e cujos processos se encontram aguardando nesta Seção, tiveram melhores classificações do que os três acima referidos. E terminou a informação por sugerir que fôsse firmado antes de qualquer nomeação um critério em classificação, à parte, para os amparados pelo decreto-lei n.º 739, a ser rigorosamente observado a fim de que não fiquem prejudicados e preteridos, candidatos que numa competição livre, demonstraram melhor preparo. Depois da audiência de instrução e julgamento, na qual falaram as partes, na seguinte o Juiz proferiu sua decisão, julgando procedente a ação para assegurar ao autor a nomeação para o cargo de agente fiscal do impôsto de consumo, nos têrmos da inicial, com direito aos vencimentos, promoções e vantagens, conforme se apurar em execução. Juros da mora, nos têrmos da lei especial. Não concedeu honorários de advogado.

Com o recurso de ofício, houve apelação voluntária por parte da União.

Arrazoados os autos pelas partes nesta instância, o Dr. Subprocurador emitiu o seguinte parecer, pedindo o provimento dos recursos (ler fls. 701).

E' o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos (Relator) — O caso dos autos vem a esta instância com o direito do autor já credenciado por uma decisão em seu favor. Funcionário autárquico de natureza fiscal, fêz concurso no Departamento Administrativo do Serviço Público para fiscal de consumo. Sua colocação não foi das mais felizes, ficando bem distanciado na ordem numérica. Ao tempo do concurso, no regime da Carta Política de 1937, cujo art. 156, alínea *b*, dispunha que a primeira investidura dos cargos de carreira far-se-ia mediante concurso de provas ou de títulos O Regulamento dado à lei 739, de 1938, no art. 139, § 3.º, estabeleceu o direito de preferência para os candidatos aprovados que já exercessem função fiscalizadora. E', exatamente, êste o fundamento do direito ora pleiteado.

Entretanto, em ser devidamente considerado o preceito regulamentar ficaria relegado para plano inferior o princípio constitucional que obrigava a nomeação pelo critério do valor apurado em concurso. Além disso, o Estatuto dos Funcionários Públicos de 1939, não consolidou o dispositivo, ficando revogado nos têrmos do art. 280.

O exercício de igual função não serve como preferência à investidura. Não seria, de certo, o caso do autor, mas, por exemplo, o funcionário de qualquer ati-

vidade fiscal que fôsse decidido e mal servisse o cargo, metendo-se em concurso por igual função, havia de levar sôbre todos os demais candidatos uma vantagem que lhe asseguraria a prioridade na nomeação, qualquer que fôsse a sua colocação na ordem dos aprovados? Isso mostra que o invocado preceito regulamentar, se não fôsse a revogação pelo Estatuto, não podia ser indistintamente aplicado, sem um justo e cuidadoso critério.

Temístocles Cavalcânti, erudita autoridade em direito público, constitucional e administrativo, que escreveu, no regime do Estatuto dos Funcionários Públicos de 1939, a doutrina do direito do funcionalismo, não teve a menor referência ao privilégio consignado no Regulamento de 1938, art. 139, § 3.º, o que mostra que o mesmo não passou a figurar no domínio do Estatuto de 1939.

Ao concurso do autor, feito em 1944, não podia influir um regulamento anterior, além do mais em completa discordância com o disposto na Constituição na época sôbre o assunto.

O parecer do saudoso e competente jurista, Dr. Jorge de Godói, constante do relatório, pôs o caso em sua devida equação, ainda que não tivesse sido revogada a lei permissiva. A preferência só se compreenderia entre concorrentes com igualdade de condições, os colocados na mesma chave em que tivesse sido o autor, sôbre êsses é que prevaleceria a qualidade anterior de fiscal. Em vez disso, fazer o autor preterir qualquer outro que houvese obtido melhor colocação ao concurso, o que significa ter demonstrado maior capacidade nas demonstrações probatórias, seria infringir o texto constitucional que dava preferência à melhor habilitação.

E como não é possível colocar uma lei ordinária acima da Carta Magna, o dever do intérprete consiste em acomodar-se dispositivos legais, antes de fulminar a lei posterior por contrária à lei máxima. E foi exatamente o que fêz aquêle douto Consultor, numa exegese que lhe recomenda o espírito elevado e justo, que o animou no exercício da profissão.

Conforme consta dos autos, o autor foi nomeado no devido tempo, já estando investido no cargo pleiteado, sem que outros, também favorecidos pela cláusula preferencial, tivessem até então conseguido a nomeação.

A sentença apelada, sem fazer o cotejo do Regulamento de 1938 com o Estatuto dos Funcionários Públicos de 1939 e com a Constituição de 1937, deu demasiado sentido à preferência de igual função, e anulou a ordem de merecimento, apurada no concurso. Não pode ser confirmada, visto faltar-lhe a conformidade com a lei básica, por desprezar o direito decorrente da colocação verificada nas provas de concurso. Ao autor o Executivo já fêz a devida justiça.

Dou, assim, provimento à apelação, para reformar a decisão apelada e julgar improcedente a ação.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Peço vênia para discordar.

Segundo ouvi dos autos, trata-se do seguinte: Havia preferência, para nomeação daqueles que se inscrevessem no concurso para fiscal do impôsto de consumo que tivessem exercido função fiscalizadora.

O autor provou que exercia a função fiscalizadora numa autarquia.

O Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos — Para esclarecimento de V. Excia., vou ler o que dispõe o art. 139:

"Os agentes fiscais do impôsto de consumo são de nomeação e demissão do Presidente da República.

§ 1.º À nomeação precederá concurso efetuado na forma estabelecida no capítulo XII.

§ 2.º Serão dispensados de concurso os funcionários do Ministério da Fazenda, que tenham concurso de 2.º grau ou 2.ª entrância, obedecido, porém, o que dispõe o art. 140.

§ 3.º Terão preferência para a nomeação os candidatos classificados em

concurso que já exerçam funções fiscalizadoras, bem como os que houverem exercido o cargo de agente fiscal interinamente ou tiverem mais de cinco anos de serviço efetivo em repartição fazendária".

Não quís a lei fazer distinção entre funcionário de autarquia e funcionário público, porque seria intrometer-se no que não era objeto de discussão.

O Sr. Ministro Cândido Lobo — *Data venia*, não interpreto assim.

Entendo que, não tendo a lei feito a distinção, não nos é lícito fazê-la. Provou o autor que exercia funções fiscalizadoras numa autarquia e pediu a preferência. A preferência nasceu na ocasião em que se submeteu ao concurso e foi classificado. Tanto assim, que o Dr. Juiz *a quo*, examinando a hipótese, julgou procedente a ação. Negar o direito a êsse autor é, consequentemente, negar a sua qualidade de funcionário com exercício em cargo fiscalizador, que é o que está previsto na lei.

A meu ver, tinha a preferência. Tanto a tinha que o Govêrno a deu a outros, conforme provou o autor nos autos.

Surge, entretanto, outra dificuldade, muito pròpriamente resolvida no parecer da douta Subprocuradoria Geral da República. Realmente, não merece o autor o que pretende, integralmente, mas também negar-lhe integralmente o direito é que não. Por que? Porque, antes da sentença, foi nomeado. Atendeu-o o Govêrno, nomeando-o fiscal do impôsto de consumo no Maranhão, o que vem justamente ratificar que tinha êsse direito. Não o obteve inicialmente, mas, insistindo, veio a obtê-lo, tanto que foi nomeado.

O Sr. Ministro Henrique D'Avila — Quando lhe tocou a vez.

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Se não o conseguiu logo, pelo menos obteve o que pretendia. Agora, é justo ou legal negar-lhe as conseqüências dessa preferência? A meu ver, não é justo, nem legal.

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — A preferência podia botar abaixo princípio constitucional? A Constituição de 1937 estabelecia o princípio de concurso.

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Mas o autor fêz concurso.

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Mas a nomeação é feita pela ordem de classificação.

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Quando fêz o concurso, a lei lhe dava essa preferência e foi ela negada.

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — A Constituição era a de 1937 e o Regulamento a que se apega o autor é de 1938. Fêz o concurso em 1944.

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Quando fêz o concurso tinha a seu favor a sentença apelada.

A dúvida que poderia surgir é tão sòmente a de se numa autarquia essa função fiscalizadora estava ou não compreendida no benefício do diploma legal. Essa a dúvida porque, realmente, não era funcionário público, na acepção da palavra. Todavia, a lei que criou a preferência não distinguiu. Logo, a meu ver, aplica-se o princípio geral. Mesmo que seja função fiscalizadora de uma autarquia, pois, atualmente, quase não há diferença entre os direitos dos funcionários públicos e os dos funcionários de autarquias, mesmo assim, os direitos são os mesmos e nós temos assim reconhecido, salvo em alguns casos.

O Sr. Ministro Henrique D'Avila — O fundamento principal do voto do Ministro Relator é que essa preferência importa em revogação do princípio de mérito.

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Segundo diz a sentença, essa revogação foi posterior. Na ocasião do concurso tinha essa preferência, perdendo-a posteriormente.

O Sr. Ministro Abner de Vasconcelos — Além de o Estatuto de 1939 não se ter referido a ela, o § 3.º do art. 139, já citado, atentou contra o preceito constitucional.

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Na ocasião em que o autor fêz o concurso tinha essa preferência.

O Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos — A Constituição impedia.

O Sr. Ministro Cândido Lobo — Fêz o concurso dentro de regulamento que dava essa preferência. Lei posterior revogou-a e não é possível que essa revogação o atinja. Assim, dou provimento, em parte, para limitar os benefícios da sentença até a data em que o autor tomou posse do cargo de fiscal do impôsto de consumo no Maranhão, que êle tinha direito a ser nomeado preferencialmente e não o foi.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, resultante da lei que deu a preferência ao autor, escapa à nossa competência decidi-la, porque o concurso foi feito mediante as clásulas e condições constantes do edital e essa inconstitucionalidade só pode produzir seus efeitos depois de decretada judicialmente.

Até então, mesmo inconstitucional a lei, em princípio, continua a produzir as suas conseqüências, pois que, *a priori*, não pode decretar a inconstitucionalidade.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deu-se provimento a ambos os recursos, para reformar a decisão recorrida e julgar improcedente a ação, contra o voto do Sr. Ministro Cândido Lobo, que os provia, em parte. O Sr. Ministro Henrique D'Ávila votou de acôrdo com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos.